Bound by
WALKER & Co
196, STRAND,
LONDON.

B 624

34.11

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,

Inspecteur général des Archives ;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;

C. GINOULHIAC,

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME HUITIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1862

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

DE LA PATERNITÉ DU MARI

EN DROIT ROMAIN

ET DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

PREMIERE PARTIE.

DE LA PATERNITÉ DU MARI EN DROIT ROMAIN.

La règle, que le mari est réputé le père de l'enfant dont sa femme est accouchée, est écrite dans la loi 5, ff., *De in jus vocando* (II, 4) : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Cette règle est le corollaire naturel, indispensable, de l'institution du mariage. Elle a pour fondements, d'une part, la cohabitation du mari avec la femme, et, d'autre part, la fidélité de celle-ci envers son mari. Du premier de ces faits, des relations charnelles qui existent, qui doivent exister entre les époux, résulte la présomption que la génération est leur œuvre commune, et cette présomption est fortifiée par le devoir de fidélité imposé aux deux époux, à la femme principalement, devoir qui est habituellement observé, que la loi sanctionne, et dont elle ne doit pas présumer la violation. La présomption de la paternité du mari n'avait donc pas besoin, pour être une règle de droit, d'être écrite dans un texte législatif, à Rome surtout, où

l'institution même du mariage n'avait pas été organisée législativement. Aussi le jurisconsulte Paul, auteur de la loi 5, *De in jus vocando*, l'énonce-t-il incidemment, comme un axiome juridique, pour déterminer les personnes auxquelles s'applique une disposition du droit prétorien. Le préteur avait décidé que les pères et mères ne pourraient pas être appelés *in jus* par leurs enfants sans son autorisation préalable. Ulpien, dans la loi 4 du même titre *De in jus vocando*, rapporte le texte de cette disposition de l'édit, et, en la commentant, il décide que l'obligation qui en résulte s'applique, non-seulement aux enfants légitimes, mais encore aux *vulgo quæsiti* par rapport à leur mère. Paul, qui commente aussi l'édit du préteur dans notre loi 5, reprend et explique la décision d'Ulpien : L'enfant *vulgo quæsitus* ne peut point assigner sa mère sans autorisation, parce que la maternité est toujours connue, parce que du moins la preuve en est toujours admissible, *quia mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit.* Au contraire, la prohibition, en tant qu'elle défend d'assigner le père sans autorisation, ne s'applique pas à ce même enfant, parce que la présomption qui a lieu en cas de mariage ne peut pas être invoquée ici, et que, dès lors, la paternité n'est pas susceptible d'être établie, *pater vero is est quem nuptiæ demonstrant.*

Cette présomption, d'ailleurs, reçut une consécration législative bien avant l'insertion du fragment de Paul au recueil de Justinien, comme en témoigne la loi 9, C., *De patria potestate*, (VIII, 47) [1]. Elle ne fut peut-être pas énoncée en termes exprès, mais elle fut au moins sous-entendue et virtuellement consacrée par le sénatus-consulte Plancien et le sénatus-consulte d'Hadrien, qui réglèrent l'action en désaveu du mari ainsi que l'action *de partu agnoscendo*, et par les dispositions de l'édit perpétuel relatives à ces sortes de *præjudicia.*

La théorie romaine sur la paternité du mari présente quatre points à examiner :

1° Conditions auxquelles est subordonnée la présomption de paternité ;

[1] « Nec filium negare cuiquam esse liberum, senatusconsulta de partu « agnoscendo ac denunciata pœna, item præjudicium edicto perpetuo pro- « positum, et remedium alimentorum apud præsidem majori trimo petenti, « nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant. » — Constitution de Dioclétien et de Maximien.

2° Restrictions mises à la présomption en cas de divorce ou de prédécès du mari ;

3° Force probante de la présomption ;

4° Destruction de la présomption par la preuve contraire.

§ 1. — Des conditions auxquelles est subordonnée la présomption de paternité.

Ces conditions sont :

1° L'existence d'une union conjugale ;

2° La conception de l'enfant pendant la durée de cette union.

A. *Existence d'une union conjugale.*

Nous disons *union conjugale* et non *mariage*, parce que cette dernière expression semblerait impliquer la condition d'un mariage parfaitement valable, et que, dans notre opinion du moins, la présomption de paternité a lieu même dans les mariages entachés de nullité. L'enfant qui naît d'une de ces unions n'est pas légitime, à moins qu'il y ait eu bonne foi de la part des conjoints ou de l'un d'eux [1] ; mais il est tenu pour le fils de l'homme qui a vécu à titre d'époux avec sa mère.

Dans ces unions, en effet, la femme, quoique n'étant pas légitime épouse, est soumise à l'obligation de fidélité, et, si elle la viole, elle encourt la peine de l'adultère [2] : toute la différence qu'il y a entre elle et l'épouse légitime, sous ce rapport, c'est que l'homme avec lequel elle est unie ne pourra pas la poursuivre *jure mariti*, mais seulement *jure extranei*, c'est-à-dire qu'en l'accusant il ne sera pas dispensé de la formalité de l'*in-*

[1] La loi 57, § 1, ff., *De ritu nuptiarum* (XXIII, 2), nous paraît, en effet, contenir le germe de ce que les modernes ont appelé la théorie du mariage putatif, théorie dont on a rapporté trop exclusivement l'origine au droit canonique. On y voit la légitimité attribuée aux enfants d'une femme qui, *par erreur de droit*, avait épousé son oncle.

[2] « Plane sive uxor justa fuerit, sive injusta, accusationem (adulterii) « instituere vir poterit.— Sed si ea sit mulier cum qua incestum commis- « sum est, vel ea quæ, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse « non potest, dicendum esse jure mariti accusari eam non posse, jure « extranei posse. » (L. 13, §§ 1 et 4, ff., *Ad legem Juliam de adulteriis* (XLVIII, 5), fr. d'Ulpien.)

scriptio[1], et qu'il sera exposé à une action *de calumnia*, s'il succombe dans son accusation[2]. Cette obligation de fidélité, jointe à la vie commune, suffit pour justifier la présomption de paternité dans le cas qui nous occupe comme dans le cas de mariage valable, et l'induction que nous en tirons est confirmée par la loi 11, ff., *De statu hominum* (I, 5).

Paul, auteur de ce texte[3], suppose qu'une femme, étant en puissance de son père, a contracté mariage sans le consentement de celui-ci. Ce mariage était entaché de nullité ; mais la nullité a disparu par la mort du père. Cependant le jurisconsulte dit que l'enfant né depuis cette mort n'est pas légitime. Il n'en donne pas la raison, mais elle se comprend aisément : c'est que l'enfant, conçu, il faut le supposer, avant la mort de son aïeul, doit l'existence à une union illégitime, qui est devenue légitime ensuite, mais sans effet rétroactif, puisque la légitimation par mariage subséquent n'existait pas encore à l'époque de Paul. Les expressions du texte sont à noter : *Justum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri*, dit le jurisconsulte ; et il montre bien par là que, s'il considère l'enfant comme illégitime, il le considère aussi comme ayant pour père l'homme qui n'est devenu régulièrement qu'après l'époque de sa conception le mari de sa mère.

La doctrine qui vient d'être indiquée ne semble pas contredite, mais bien plutôt confirmée par le paragraphe 12, aux Institutes, *De nuptiis* (I, 10). Justinien dit bien, dans ce paragraphe, que, lorsqu'une union ne remplit pas toutes les conditions qu'il vient d'indiquer, cette union n'est pas un mariage, et que, par consé-

[1] « Nec inscriptionis vinculo contineri, quum jure mariti accusaret, « veteres retro principes annuerunt. » (L. 3, C., *Ad legem Juliam de adulteriis*, IX, 9.) Justinien, dans sa Novelle 117 (cap. VIII, § 2), imposa la nécessité de l'inscription, même au mari agissant *jure mariti*, comme à toute personne intentant une action criminelle.

[2] « Jure mariti vel patris qui accusat potest sine calumniæ pœna vinci : « si jure extranei accusat, potest calumniæ causa puniri. » (Paulus, *libro singulari de adulteriis, ex collatione legum Mosaïcarum et Romanarum.* — Voir M. Pellat, *Manuale synopticum*, 1re édition, p. 871.)

[3] « Paulus respondit eum qui, vivente patre et ignorante de conjunc- « tione filiæ conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium « ei, ex quo conceptus est, esse non videri. » Paulus, lib. XVIII *Responsorum*.

quent, il n'y a pas puissance paternelle sur les enfants qui en sont nés. A ce point de vue, il compare ces enfants à ceux qui sont *vulgo concepti : tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii quos mater vulgo concepit.* Mais ce n'est là qu'une comparaison, qu'une assimilation partielle, et l'empereur ne dit pas que les enfants dont il parle soient des *spurii*, des *vulgo concepti.* Et c'est là ce que dit aussi Gaïus, dans son paragraphe correspondant : Les enfants qui naissent d'une pareille union sont bien considérés comme ayant une mère, mais *non pas à tous égards* comme ayant un père, et c'est pour cela qu'ils ne sont pas en *sa* puissance : *patrem habere* NON UTIQUE *videntur, nec ob id in potestate* EJUS *sunt.* Ainsi donc, dans ces deux textes, le père est présenté comme connu, bien que n'ayant pas la puissance paternelle sur ses enfants.

Nous en disons autant de la loi 6, C., *De incestis et inutilibus nuptiis* (V, 5). Ce texte dit, en parlant de l'homme qui a contracté une union incestueuse dont sont nés des enfants, qu'il doit être censé n'avoir ni femme ni enfants : *neque uxorem, neque filios ex ea editos habere credatur.* Mais le législateur a simplement déclaré par là que la filiation ne produirait aucun lien de parenté civile entre le père incestueux et ses enfants. Il n'a pas voulu méconnaître l'existence de la filiation, ainsi que le témoigne la suite même du texte, qui suppose constant le fait de cette filiation, et en fait résulter une incapacité pour le père incestueux de disposer en faveur de ses enfants. Ainsi donc, comme le droit romain ne reconnaît pas d'autre preuve de la paternité que la présomption attachée au fait de certaines unions, la présomption de paternité est virtuellement écrite dans ce texte, qui suppose la paternité prouvée, ainsi que dans les dispositions des Novelles relatives également aux enfants nés *ex damnato coïtu.*

Il est un dernier texte, la loi 3, C., *Soluto matrimonio* (V, 18), dont quelques expressions semblent nous être contraires. Une femme a épousé par erreur un esclave qu'elle croyait libre et dont l'état a été reconnu depuis. L'empereur Antonin décide qu'elle prendra sur le pécule de celui dont elle s'est crue l'épouse le montant de sa dot et des autres créances qu'elle peut avoir contre lui. Quant aux enfants issus de cette union, l'empereur les déclare *spurii* et ingénus, comme issus d'une femme libre et d'un père incertain. *Si ignorans statum Erotis, ut liberum*

duxisti et dotem dedisti, isque postea servus est judicatus, dotem ex peculio recipies, et si quid præterea eum tibi debuisse apparuerit. Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur. — La première partie de notre texte, en donnant effet aux conventions matrimoniales qui ont eu lieu entre Eros et la femme qui l'avait épousé, fait une application du principe d'après lequel la bonne foi des conjoints, et spécialement celle de la femme, donne au mariage non valable les effets du mariage qui n'est entaché d'aucun vice. D'où vient donc que l'empereur Antonin ne déclare pas les enfants légitimes, comme Marc-Aurèle et Vérus, dont la décision est rapportée dans la loi 57, § 1, ff., *De ritu nuptiarum* (XXIII, 2), le font dans l'hypothèse d'un mariage incestueux? C'est que, Eros étant esclave, la personne civile du père, auquel on pourrait rattacher les enfants afin de les soumettre à la puissance paternelle et de leur donner des droits successoraux, fait complétement défaut. Voilà pourquoi le texte porte, non pas précisément que les enfants sont des *spurii*, mais qu'ils sont considérés (*intelliguntur*) comme des enfants dont le père est incertain. Et ce qui achève de prouver que toute la portée de la décision est, non pas de nier le fait de la paternité, mais seulement de lui refuser des conséquences juridiques, c'est qu'elle se trouve reproduite dans un autre texte dont les termes ne peuvent laisser aucun doute : *ex libera conceptus et servo*, VELUT *spurius habetur* [1].

B. *Conception de l'enfant pendant la durée de l'union conjugale.*

C'est la conception, et non pas la naissance dans le mariage, qui fait présumer le mari père de l'enfant.

Un passage d'une constitution de Justinien qui forme la loi 11, C., *De naturalibus liberis* (V, 27), pourrait, au premier abord, en faire douter. *Generaliter definimus*, dit l'empereur, *ut semper in hujusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis sed partus tempus inspiciatur.* De ces paroles prises isolément on pourrait conclure que, pourvu que le mariage existât lors de la naissance de l'enfant, il y aurait lieu

[1] L. 6, C., *De suis et legitimis liberis* (VI, 55). — Constitution de Dioclétien et de Maximien.

d'appliquer la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* Telle n'est cependant pas la théorie romaine, même sous Justinien. Dans ce texte, l'empereur s'occupe de la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent : il décide que les enfants qu'un homme et une femme ont eus pendant leur concubinat sont légitimés par les *dotalia instrumenta*, alors même que les enfants nés postérieurement n'auraient pas vécu, ou qu'il n'en serait pas né. Il ajoute que, à plus forte raison, si un homme rend enceinte sa concubine et en fait sa femme légitime avant qu'elle ait accouché, l'enfant qui en naîtra sera son enfant légitime [1]. C'est cette dernière décision que Justinien, suivant ses habitudes de prolixité, a répétée en termes différents dans le passage qui vient d'être rapporté ; il a donc statué sur la qualité et non sur le fait de la filiation. Telle est toute la portée du texte.

Le fait de la conception échappe à toute constatation directe, et c'est par le raisonnement seul, au moyen de l'induction, qu'on peut déterminer l'époque à laquelle il s'est produit. En cette matière, la science du droit a dû emprunter le secours d'une autre science, de la physiologie, et l'on voit sans étonnement l'autorité d'Hippocrate et de Pythagore invoquée par les jurisconsultes romains.

La science physiologique reconnaît que la durée de la gestation, c'est-à-dire le temps compris entre la conception et l'accouchement, sans être rigoureusement uniforme chez les individus de la même espèce, est cependant renfermée dans des limites qu'il est possible de déterminer. Par conséquent, l'époque de l'accouchement étant donnée, il est permis d'affirmer que la conception n'a pas eu lieu avant telle époque ni après telle autre : elle se place nécessairement dans la période intermédiaire. Mais, comme la conception a pu avoir lieu soit au commencement, soit

[1] « Et multo magis si quis mulierem quam in contubernio suo habuerat « prægnantem fecerit, postea autem, adhuc gravida muliere constituta, do- « talia fecerit instrumenta, et puer vel puella editus vel edita sit, justa « patri soboles nascatur, et in potestate efficiatur, et heres existat morienti, « sive ab intestato, sive ex testamento. Satis enim absurdum est, si filii « post dotem progeniti anterioribus liberis adjutorium auferant, et ipsum « puerum vel puellam sibi opitulari non posse. » — Voir aussi Nov. 89, cap. VIII, § 1.

à la fin de cette période intermédiaire, rigoureusement il faudrait, pour affirmer la paternité d'un homme, que sa coopération à l'œuvre de la génération, et la sienne seule, eût été possible pendant toute cette période ; en d'autres termes, il faudrait que la période intermédiaire se plaçât tout entière dans la durée de l'union conjugale. Mais, d'une part, le législateur, qui ne doit pas présumer le mal, ne doit, en présence de deux possibilités : celle d'une conception due à une union qu'il approuve, et celle d'une conception résultant de relations qu'il condamne, le législateur, disons-nous, ne doit admettre que la première ; et, d'autre part, cet instinct généreux qui pousse l'homme de bien à prendre la protection des faibles doit faire admettre la supposition la plus favorable à l'enfant. Voilà pourquoi le droit romain, comme la législation française, décide que la présomption de paternité a lieu pourvu que l'union à laquelle cette présomption est attachée ait existé à un moment quelconque de la période à laquelle remonte nécessairement la conception. C'est ce qui ressort de l'examen qu'il importe de faire des règles sur la durée de la gestation.

A. *Durée la plus courte de la gestation.*

Paul et Ulpien la fixent à six mois, en s'appuyant sur l'autorité d'Hippocrate. Cet illustre savant avait reconnu que l'enfant peut naître, complétement formé, dans le septième mois de la grossesse. Paul décide, en conséquence, que l'enfant né dans le septième mois du mariage est un enfant légitime [1]. Si l'enfant est considéré comme naissant à terme dans le courant du septième mois, c'est que la durée la plus courte de la gestation est de six mois pleins, puisque l'enfant né le lendemain du dernier jour du sixième mois est réputé venu à terme comme né dans le courant du septième.

Ulpien, dans un passage de son commentaire sur les œuvres de Sabinus, qui forme le paragraphe 12 de la loi 3, ff., *De suis et legitimis heredibus* (XXXVIII, 16), complète la décision de Paul et

[1] « Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter « auctoritatem doctissimi viri Hippocratis ; et ideo credendum est eum, « qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.» (L. 12, ff., *De statu hominum*, I, 5.)

nous apprend le nombre précis de jours que comprend le délai de six mois. Les mois du calendrier romain, comme ceux du calendrier grec, se composent uniformément de trente jours; un délai de six mois équivaut donc à un délai de cent quatre-vingts jours. Puisque la grossesse doit avoir duré plus de six mois, c'est-à-dire plus de cent quatre-vingts jours ; puisque, d'autre part, on ne peut pas encore dire, le lendemain du mariage, qu'il se soit écoulé plus d'un jour depuis le mariage contracté, c'est seulement le cent quatre-vingt-unième jour qu'on peut dire que le mariage est contracté depuis cent quatre-vingts jours, et c'est seulement le cent quatre-vingt-deuxième qu'on peut dire qu'il est contracté depuis plus de cent quatre-vingts jours, que le septième mois est commencé. Il faut donc que l'accouchement ait eu lieu au plus tôt le cent quatre-vingt-deuxième jour, pour qu'on puisse dire que la conception a eu lieu dans le mariage ; en d'autres termes, dans le délai de six mois on ne comprend ni le *dies a quo*, ni le *dies ad quem*, ni le jour du mariage, ni celui de l'accouchement. Et, si l'on fait attention que le mariage peut avoir eu lieu à la dernière minute du premier de ces deux jours et l'accouchement à la première minute du second, on doit reconnaître que cette manière de supputer est la seule exacte, si l'on veut conserver intact le délai minimum de cent quatre-vingts jours, et si l'on ne veut pas se jeter dans les insurmontables difficultés de la constatation précise du moment du mariage et de celui de l'accouchement. Telle est la décision d'Ulpien dans le texte cité, décision appuyée, comme celle de Paul, sur l'autorité d'Hippocrate, et confirmée par un rescrit d'Antonin le Pieux [1].

Paul s'occupe aussi dans ses *Sentences* [2] de la moindre durée possible de la gestation, et il le fait dans les termes suivants : *Septimo mense natus matri prodest : ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur.* Si Paul avait voulu décider dans ce passage que la grossesse doit avoir duré au moins sept mois

[1] « De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hip-
« pocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri
« natum ; nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante cen-
« tesimum octogesimum secundum diem esset manumissa. »

[2] L. IV, t. IX, *Ad senatusconsultum Tertullianum*, § 5.

accomplis depuis le mariage pour que l'enfant naisse légitime, il serait en contradiction avec sa propre décision de la loi 12, *De statu hominum*, et avec celle d'Antonin le Pieux et d'Ulpien. Pour éviter la contradiction, on a fait remarquer [1] que Paul ne s'occupe point ici d'une question de filiation, qu'il ne s'agit pas de savoir si l'enfant a pour père le mari. Dans les paragraphes précédents, il indique les conditions exigées pour qu'une femme ait le *jus liberorum* nécessaire pour succéder en vertu du sénatus-consulte Orphitien. Il faut qu'elle soit accouchée trois fois si elle est ingénue, quatre fois si elle est affranchie, qu'elle ait mis au monde des enfants vivants et venus à terme (*pleni temporis*); et le paragraphe 5 n'est pas autre chose que le développement de cette dernière proposition. Nous ferons d'abord remarquer qu'il serait bien singulier que les Romains eussent deux systèmes sur la plus courte durée de la gestation. Mais, alors même qu'il n'y aurait pas une contradiction dans une pareille diversité, il faudrait reconnaître que, si l'on veut maintenir le texte tel qu'il nous est parvenu, il y a contradiction entre sa première et sa seconde partie. Paul commence par dire que l'enfant né le septième mois sert à la mère pour acquérir le *jus liberorum;* il admet donc en cette matière, comme il le fait dans la loi 12, *De statu hominum*, en matière de légitimité, qu'il suffit d'une grossesse de six mois révolus. Puis, dans la proposition suivante qui se présente comme explication de la première, et qui en est la contradiction, il dit que, d'après la doctrine pythagoricienne, l'enfant est considéré comme venant à terme lorsqu'il naît après le septième mois révolu depuis la conception ou pendant le dixième. Ces deux propositions ne peuvent pas être maintenues ensemble sans une correction; et, comme la première est inattaquable, à cause de sa conformité aux autorités précédemment indiquées, c'est évidemment la seconde qui est inexacte. On peut faire disparaître cette inexactitude en plaçant le mot *pleno* avant *maturior*, et alors le sens serait que l'enfant vient « complétement à terme » lorsqu'il naît, soit dans le courant du septième, soit dans le courant du dixième mois. C'est sans doute par suite d'une transposition faite dans un manuscrit par le copiste que le

[1] MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 289, note 2.

mot *pleno* se trouve après *septimo* dans le texte qui nous est parvenu [1].

B. Durée la plus longue de la gestation.

D'après Aulu-Gelle [2], cette durée avait été fixée à dix mois par les décemvirs rédacteurs de la loi des Douze Tables. Cette fixation, qui s'est maintenue jusque dans les dernières phases historiques du droit romain, sauf deux décisions particulières données, l'une par le préteur Papirius, l'autre par l'empereur Hadrien, s'appuie sur l'autorité de Pythagore, comme on l'a vu dans le passage des *Sentences* de Paul précédemment rapporté. Et Censorinus [3] nous apprend que, de tous les savants de l'antiquité, Aristote seul avait admis que la grossesse pouvait se prolonger jusqu'au onzième mois. Aussi Virgile dit-il, en parlant des ennuis d'une longue grossesse :

Matri longa decem tulerunt fastidia menses.

Cependant, Pline le Naturaliste, qui est très-affirmatif pour fixer la moindre durée de la grossesse à six mois révolus, et qui présente même la naissance dans le cours du septième mois comme un fait exceptionnel [4], l'est beaucoup moins quand il s'agit de la durée la plus longue. Il présente la naissance comme pouvant être retardée jusqu'au commencement du onzième

[1] Noodt corrige le texte par une transposition plus légère encore, en lisant : *Aut septimo, aut* PLENO DECIMO *mense maturior* (*Comment. ad Digest.*, liv. I, t. VI, éd. de 1760, p. 21). Mais ce n'est que déplacer la difficulté, puisque le texte ainsi entendu semblerait admettre les gestations de plus de dix mois, contrairement aux autres textes juridiques rapportés au numéro suivant. — A l'appui de cette correction, Merlin fait remarquer que le texte des *Sentences* de Paul, tel qu'il nous est parvenu, n'a pas un caractère parfaitement authentique; qu'Anien, qui nous a transmis ces sentences, les a mutilées dans plusieurs endroits, comme l'a montré Jacques Godefroy dans sa *Bibliotheca juris*; et il invoque dans le même sens l'opinion de M. Berryat-Saint-Prix. (Voir *Répertoire* de Merlin, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 1, n. 2.)

[2] *Noctium Atticarum* lib. III, cap. XVI (éd. Panckoucke, t. I, p. 246).

[3] *De die natali*, cap. VII, *in fine* (éd. Panckoucke, p. 30).

[4] « Ante septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo non nisi « pridie posterove pleni lunii die aut interlunio concepti nascuntur. » *Hist. nat.*, liv. VII, cap. IV (éd. Panckoucke, t. VI, p. 28, 29).

mois, à partir de la conception, et cite, sur la foi de Massurius, une décision du préteur L. Papirius, qui accorda la *bonorum possessio* à un enfant que sa mère disait avoir porté treize mois, *quoniam nullum certum tempus pariendi statum videretur*. En outre, l'empereur Hadrien décida qu'une grossesse pouvait avoir duré onze mois. C'est ce que nous apprend Aulu-Gelle [1], qui affirme avoir lu la décision : *Sed et divum Hadrianum, causa cognita, decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse : idque ipsum ejus rei decretum nos legimus.* Mais cette décision n'était, comme la précédente, qu'une décision particulière, une décision d'espèce, pour employer une expression moderne, ainsi que le montrent les mots *causa cognita*. Elle avait été motivée, comme nous l'apprend Aulu-Gelle, par des circonstances très-favorables : la veuve qui était accouchée plus de dix mois après la mort de son mari était une femme de mœurs très-pures.

Quoi qu'il en soit de la portée de ces deux décisions, elles ne passèrent point en règle de droit. La règle des dix mois est la seule mentionnée, soit au Digeste, soit au Code de Justinien [2].

Le texte principal à cet égard est la loi 3, § 11, ff., *De suis et legitimis heredibus* (XXXVIII, 16). Ulpien, auteur de ce fragment, suppose qu'une femme est accouchée plus de dix mois après la mort de son mari, et il décide que l'enfant n'a aucun droit à l'hérédité du défunt : *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.* C'est donc que cet enfant ne peut pas être considéré comme ayant le mari pour père, que sa conception se place nécessairement après le décès de celui-ci. Remarquons qu'il s'agit d'un délai de dix mois pleins (*post*

[1] *Loco citato.*

[2] La jurisprudence des temps modernes, qui invoquait le droit romain pour légitimer des enfants nés plus de trois cents jours après la mort du mari, ne repose donc sur aucun texte vraiment juridique. Voët (*Ad Pandectas*, l. 1, t. VI, n. 4) essaye de la justifier en disant, avec Théophraste et Pomponius (l. 3, ff., *De legibus*, I, 3), que les règles du droit doivent être établies d'après ce qui arrive le plus ordinairement : ce qui revient à faire le procès aux textes qui fixent à dix mois le *maximum* de la gestation. La maxime qu'il invoque, et dont l'application d'ailleurs le condamne, est un précepte pour le législateur, non pour l'interprète. Il invoque aussi, sans plus de bonheur, la loi 12, C., *De legitimis heredibus* (VI, 58), qui s'occupe de l'accouchement d'une femme de plus de cinquante ans, et nullement de la durée de la gestation.

decem menses), c'est-à-dire de trois cents jours : et, comme il n'y faut point comprendre le jour de la mort du mari, pour que ce délai soit toujours complet, il est clair que c'est seulement à partir du trois cent unième jour, non compris le *dies a quo*, que l'accouchement de la veuve est exclusif de la paternité du mari. La même solution est évidemment applicable à l'accouchement de la femme divorcée.

Cette règle était tellement entrée dans les idées romaines, qu'elle était rappelée par les formules employées dans les testaments pour l'institution ou la substitution des posthumes. Le mari qui mourait en laissant sa femme survivante, et qui, prévoyant le cas où elle lui donnerait un enfant après sa mort, voulait le gratifier, s'exprimait ainsi : *Si quis mihi ex Paula, quæ uxor mea fuit*, INTRA DECEM MENSES *natus natave erit, heredes sunto.* Telle est la formule rapportée par Marcellus [1]; et l'on peut en voir de semblables dans un fragment de Scævola et dans une constitution de Justinien [2].

La Novelle 39, dans son chapitre II, s'occupe d'un cas de naissance tardive, du cas où la veuve, remariée avant l'expiration de l'année de deuil, accouche plus de onze mois après la mort de son premier mari, et décide que l'enfant ne peut pas être réputé conçu des œuvres de celui-ci : *Neque enim in tantum conceptionis tempus extensum est.* Faut-il conclure de là, par *a contrario*, que, si l'enfant était né dans le courant du onzième mois, il faudrait lui reconnaître pour père le mari prédécédé? Nous ne le croyons pas. Pour qu'on puisse raisonner par *a contrario* d'un cas à un autre, il faut démontrer d'abord que le législateur dont on interprète la volonté a eu en vue les deux cas ; alors il est légitime de dire que, donnant une décision pour l'une des deux hypothèses, il a virtuellement donné la décision contraire pour l'autre. Or, cette démonstration préalable est impossible ici. Justinien, auteur de la Novelle, ne s'occupe que de l'enfant né après le onzième mois. Il serait tout à fait arbitraire de dire qu'il a entendu abroger l'ancienne règle des dix mois, dont, en réalité, il fait simplement l'application.

[1] L. 56, ff., *De fideicommissariis libertatibus*, XL, 5.

[2] L. 29, pr. ff., *De liberis et posthumis*, XXVIII, 2; l. 4, C., *De posthumis heredibus*, VI, 29.

Il est facile maintenant de déterminer avec précision la période de temps pendant laquelle les Romains regardaient la conception comme ayant été possible. Nous savons qu'à leurs yeux la grossesse ne peut pas durer, d'une part, moins de cent quatre-vingts jours pleins, et, d'autre part, plus de trois cents jours pleins; que le *dies a quo* (le jour du mariage, du décès) ne doit jamais être compté dans ce délai, parce que, si la coopération du mari à la conception a été possible ce jour-là, elle a pu ne l'être que pendant un espace de temps insignifiant. C'est donc dans les cent vingt jours, qui se comptent en remontant en arrière, à partir du cent quatre-vingt-unième jour jusqu'au trois centième jour qui a précédé celui de l'accouchement, que se place nécessairement le moment de la conception. Il suffit que le mariage ait existé pendant l'un quelconque de ces cent vingt jours, pour qu'il y ait lieu d'appliquer la règle qui déclare le mari père de l'enfant.

§ 2. — Des restrictions mises à la présomption de paternité en cas de divorce ou de prédécès du mari.

Le crime de supposition de part était si fréquent chez les Romains, que, pour en arrêter la multiplication, on avait dû prononcer la peine capitale contre les personnes qui s'en rendraient coupables [1]. Tant que dure l'union conjugale, ce crime est bien moins à craindre, à cause de la surveillance de tous les instants exercée sur la femme par le mari. Mais, lorsque le mariage est dissous par le divorce ou par le prédécès du mari, le même motif de sécurité ne se rencontre plus, et le législateur romain avait cru nécessaire de prescrire certaines précautions propres à assurer la sincérité de l'accouchement dans ces deux hypothèses. Il pensa qu'il fallait, autant que possible, prévenir un crime qui fait des relations du sang un mensonge : *Publice enim interest*, dit Ulpien en commentant l'édit [2], *partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit.*

La paternité du mari est, en droit, le corollaire de la maternité de la femme. Mais il faut, pour conclure de la seconde à la

[1] Voir lois 1 et 5, C., *Ad legem Corneliam de falsis*, IX, 22; et Pauli *Sent.*, lib. II, t. XXIV, § 9.

[2] L. 1, § 13, ff., *De inspiciendo ventre* (XXV, 4).

première, que son existence soit bien établie, et les Romains ont cru que, lorsqu'un doute serait possible sur l'accouchement de la femme divorcée ou de la veuve, par suite de l'inobservation des mesures prescrites, ce fait ne devait pas être suffisant pour servir de base à la présomption de paternité. Ils n'ont pas voulu que cette femme, affranchie de toute surveillance, pût donner un enfant à son mari comme à elle : ils ont pensé que les intérêts du mari divorcé ou des héritiers du mari prédécédé n'auraient pas été suffisamment protégés par le droit de faire une preuve souvent fort difficile, la preuve de la supposition de part.

L'hypothèse de l'accouchement de la femme divorcée, qui se présente la première dans l'ordre du Digeste, a été réglée par le sénatus-consulte Plancien, dont la date précise n'est pas connue : on peut conjecturer seulement d'un passage d'Ulpien [1], qui le présente comme antérieur à l'époque d'Hadrien, qu'il est des dernières années du premier, ou des premières années du second siècle de l'ère chrétienne. L'autre hypothèse, celle de l'accouchement de la veuve, a été réglée par l'édit prétorien plus minutieusement que la première, ce qui donne à penser que les dispositions de l'édit sont postérieures à celles du sénatus-consulte. Il est traité de la première hypothèse dans le titre *De agnoscendis et alendis liberis* (XXV, 3), et de la seconde, dans le titre suivant : *De inspiciendo ventre custodiendoque partu* (XXV, 4).

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Accouchement de la femme divorcée.*

La femme divorcée qui se sait enceinte doit en faire une notification pour mettre en demeure le mari, ou le père en la puissance duquel il se trouve, de surveiller la grossesse et l'accouchement [2]. Cette notification ou dénonciation (*denunciatio*) peut être faite soit par la femme, soit par le père qui l'a en sa puissance, soit par un mandataire : elle peut être faite, soit à l'ex-mari, soit à son père, soit même, si l'on ne peut rencontrer ni l'un ni l'autre, à la maison où était le domicile conjugal,

[1] L. 3, § 1, ff., *De agnoscendis et alendis liberis* (XXV, 3).
[2] Pauli *Sent.*, lib. II, tit. XXIV, § 5.

illic ubi larem matrimonio collocaverunt [1]. Cette dénonciation doit être faite dans le délai de trente jours continus à partir du divorce [2], temps nécessaire pour que la femme ait pu observer en elle les symptômes de la grossesse : mais, comme il peut arriver que ces symptômes se trouvent retardés, le préteur se réserve d'autoriser, en connaissance de cause, une dénonciation faite après l'expiration des trente jours [3]. Le mari et le père du mari, ainsi mis en demeure, ont le droit d'envoyer à la femme des gardiens, dont le sénatus-consulte ne paraît pas avoir déterminé le nombre et la qualité; ils ont même le droit de le faire lorsque aucune dénonciation n'a pas eu lieu ; et il semble résulter des expressions d'Ulpien que cet envoi doit être autorisé par le juge (*arbitrio judicis* [4]).

Lorsque la dénonciation a été régulièrement faite, et que le mari l'a reçue sans envoyer de gardiens, sans faire de protestation, la présomption de paternité se trouve maintenue dans toute sa force. Il en est de même lorsque les gardiens ont été envoyés, mais sans protestation contre le fait de la paternité. Paul nous dit qu'alors l'ex-mari et son père *partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere* [5] : le silence du mari, en effet, est une reconnaissance tacite que la grossesse de la femme n'est point simulée, et qu'il a concouru à la conception. Mais la décision de Paul a quelque chose de trop absolu dans ses termes, et semble exclure le droit de désavouer l'enfant, c'est-à-dire de combattre par la preuve contraire la présomption de paternité. Or, telle n'est pas la portée du sénatus-consulte, de l'avis de Julien, dont Ulpien rapporte la décision. Ces jurisconsultes reconnaissent bien que le silence du mari, ce muet aveu de paternité, établira un préjugé puissant en faveur de l'enfant, que ce sera, pour le juge, une présomption de l'homme venant corroborer la présomption légale, *quandoque cœpit causa agi, grande præjudicium adfert pro filio confessio patris*); mais, pour les Romains, la vérité des faits est au-dessus de tout, et la preuve n'en peut être repoussée par aucune fin de non-recevoir : le si-

[1] L. 1, §§ 1 et 2, *De agnoscendis*.
[2] Pauli *Sent.*, *loco citato*; — l. 1, §§ 1 et 9, *De agnoscendis*.
[3] L. 1, § 7, *De agnoscendis*.
[4] L. 1, § 6, *eod*.
[5] Pauli *Sent.*, *loco citato* ; junge l. 1, § 4, *De agnoscendis*.

lence du mari, pas plus qu'une reconnaissance expresse, ne peut lui donner pour héritier un enfant conçu des œuvres d'un autre, et il pourra désavouer l'enfant, *cæterum poterit recusare filium*. Et c'est précisément en se plaçant dans notre hypothèse, où le mari a omis de faire ce que lui prescrivait le sénatus-consulte, que les jurisconsultes décident qu'il serait par trop injuste de lui imposer une paternité que l'absence lui a rendue impossible [1].

Si, au contraire, la dénonciation n'a pas été faite, ou si la femme a refusé de recevoir les gardiens à elle envoyés, la présomption de paternité n'est plus applicable de plein droit ; on ne peut pas réclamer à l'ex-mari des aliments pour l'enfant [2]. Il est vrai que Paul et Ulpien, après avoir ainsi décidé, ajoutent : *Cæterum negligentia matris, quominus patri heres sit, obesse non potest. — Si in totum omiserit denunciationem, Julianus ait nihil hoc nocere ei qui editur* [3]. D'où l'on pourrait conclure, par une interprétation littérale, que, puisque l'enfant ne doit éprouver aucun préjudice, la présomption de paternité pourra, même dans ce cas, être invoquée par lui dans toute sa force. Mais le sens de ces propositions se trouve déterminé dans la suite du texte d'Ulpien. Ce jurisconsulte dit, toujours en reproduisant Julien, que la règle d'après laquelle la désobéissance de la femme aux prescriptions du sénatus-consulte permet à l'ex-mari de ne pas reconnaître l'enfant, ne signifie point que l'enfant ne pourra pas s'en dire le fils ou la fille, mais que l'ex-mari sera obligé de le nourrir dans le cas seulement où il sera prouvé que cet enfant est le sien (*non eo pertinere ut filius natus suum se dicere non possit, sed ad id tantum ut pater alere eum cogatur, si constiterit eum filium esse* [4].)—C'est, du reste, ce qu'avait décidé un rescrit d'Antonin le Pieux, auquel le jurisconsulte fait allusion dans le paragraphe 15 de la même loi [5].

[1] L. 1, §§ 12, 14 et 15, *De agnoscendis*.

[2] L. 1, § 6, *eod. tit.*; Pauli *Sent.*, *eod. tit.*, § 6.

[3] Pauli *Sent.*, *loco citato*; Ulpianus, *eadem lege*, § 8.

[4] L. 1, § 13, *De agnoscendis*.

[5] « Ex his apparet, sive uxor omiserit quæ eam ex senatusconsulto obser-
« vare oportuit, nihil præjudicare filio, *si filius est*, non tantum in jure
« sui, sed ne in alimentis quidem, secundum D. Pii rescriptum ; — sive
« maritus neglexerit facere quæ ex senatusconsulto debet, natum cogitur
« omnimodo alere; cæterum recusare poterit filium. »

Il en est de même lorsque l'ex-mari a répondu à la dénonciation de la femme par une contre-dénonciation, par laquelle il a protesté n'être pas l'auteur de la grossesse. Sans doute, alors, les prescriptions du sénatus-consulte pour assurer la surveillance de la femme enceinte ont été obéies, et le fait de la maternité se présente avec toutes les conditions de sincérité désirables. Mais le législateur a pensé que le divorce peut avoir été motivé par les désordres de la femme ; qu'il aura été souvent précédé d'un état de brouille ou du moins de froideur entre les époux, qui rend peu vraisemblables leurs rapports intimes pendant les derniers temps du mariage. Il a donc décidé que la dénégation du mari divorcé suffirait pour paralyser la présomption de paternité, sauf à l'enfant de prouver qu'il a réellement ce mari pour père : *Non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuit* [1]. L'enfant, pour réclamer la paternité du mari, ne pourra donc pas se borner à invoquer le fait de sa conception dans le mariage; il devra établir que les époux n'ont point interrompu leurs relations conjugales vers l'époque de sa conception, et que sa mère n'a point été infidèle. Mais il faut bien remarquer que, pour que la simple dénégation du mari produise cet effet, elle doit être faite par une contre-dénonciation en réponse à la dénonciation de la femme, concomitante, autant que possible, à l'envoi des gardiens [2].

Telles sont les restrictions mises par le sénatus-consulte Plancien à la présomption de paternité. Dans les cas où la femme a désobéi à ses prescriptions, soit en ne faisant pas la dénonciation, soit en refusant de recevoir les gardiens, dans les cas aussi où le mari a protesté contre sa paternité, cette présomption n'est pas anéantie, à proprement parler, mais affaiblie : elle descend du rang de présomption légale à celui de présomption de l'homme devant être justifiée par celui qui l'emploie comme moyen de preuve.

On peut, maintenant, facilement comprendre pourquoi Ulpien décide que le sénatus-consulte n'est pas applicable lorsque la femme accouche avant l'expiration des trente jours après le divorce. C'est que, dans ce cas, la grossesse était si avancée, si

[1] L. 1, § 4, *in fine* ; §§ 11 et 16, *in principio*, *De agnoscendis*.
[2] *Ead. lege*, § 16, *in principio*, et § 11, *in fine*.

apparente au moment du divorce, qu'une simulation est extrêmement peu probable ; et, d'autre part, l'origine de cette grossesse remonte à une époque où l'interruption des rapports conjugaux et l'infidélité de la femme sont peu présumables, où, par conséquent, se rencontrent les circonstances normales qui motivent la présomption de paternité du mari. Aussi le jurisconsulte déclare-t-il que le défaut de dénonciation ne porte aucun préjudice à l'enfant qui naît moins de trente jours après le divorce [1].

Deuxième hypothèse. — *Accouchement de la veuve.*

Les dispositions de l'édit prétorien relatives à cette hypothèse sont textuellement rapportées par Ulpien dans un fragment de son commentaire sur l'édit, qui forme la loi 1, § 10, ff., *De inspiciendo ventre* (XXV, 4). — Une quadruple dénonciation est imposée à la veuve qui se trouve enceinte au moment de la mort de son mari. Elle doit d'abord, dans le mois du décès, dénoncer le fait de sa grossesse aux personnes dont les intérêts peuvent en être atteints (*his ad quos ea res pertinebit*), c'est-à-dire aux héritiers testamentaires ou *ab intestat* du mari et aux personnes substituées au posthume [2]. Ces personnes ont le droit d'envoyer cinq sages-femmes pour vérifier son état. La vérification faite, la veuve doit se retirer, pour faire ses couches, dans la maison d'une femme de bonne réputation désignée par le préteur; et, trente jours avant l'époque présumée de son accouchement, elle doit faire une nouvelle dénonciation aux personnes intéressées, qui ont le droit de lui envoyer des gardiens chargés de la surveiller. Pour assurer cette surveillance, l'édit prescrit à la veuve d'habiter une chambre ayant une porte unique, devant laquelle doivent se tenir trois hommes et trois femmes libres, ayant avec eux deux *comites*. Toutes les fois qu'elle entre dans cet appartement, ou dans tout autre lieu, au bain, par exemple, ses gardiens ont le droit de visiter ce lieu préalablement ; ils peuvent aussi fouiller toutes les personnes qui pénétreraient dans le lieu où elle se trouve, dans son appartement, ou

[1] L. 1, § 10, *De agnoscendis.*

[2] L. 1, §§ 12 et 14, et l. 3, ff., *De inspiciendo ventre*, XXV, 4.

même dans la maison qu'elle habite. Enfin, lorsque le travail de l'enfantement est commencé, une dernière dénonciation doit être faite pour que les intéressés envoient des femmes libres, dont le nombre ne peut dépasser cinq, pour surveiller l'accouchement. Et ici l'édit redouble de précautions. Il ne veut pas de foule dans l'appartement où l'accouchement a lieu ; et, pour cela, il défend qu'il y ait plus de deux accoucheuses, de dix femmes libres et de six esclaves, comme assistantes, toutes femmes qui auront dû être examinées avant d'entrer, de peur que, parmi elles, il n'y en ait quelqu'une d'enceinte. Il ne veut pas de ténèbres, si l'accouchement se fait la nuit ; et il prescrit trois lumières au moins.

Après toutes ces précautions pour assurer la sincérité de la grossesse et de l'accouchement et pour empêcher la substitution d'un enfant vivant à l'enfant mort-né dont serait accouchée la veuve, le préteur prend soin d'assurer l'identité de l'enfant. Pour cela, il ordonne que cet enfant sera présenté aux personnes intéressées ou à leurs mandataires, d'abord aussitôt après l'accouchement ; puis à deux reprises dans le mois suivant ; puis une fois par mois, jusqu'à ce qu'il ait six mois ; puis une fois tous les deux mois, jusqu'à ce qu'il ait un an ; puis enfin une fois tous les six mois, depuis cette époque jusqu'à ce qu'il puisse parler.

La sanction de ces prescriptions consiste en ce que, dans le cas où elles n'auront pas été observées, le préteur se réserve de refuser la *bonorum possessio* à l'enfant, *cognita causa*, c'est-à-dire en examinant si la femme n'a pas désobéi par ignorance ou par rusticité aux dispositions de l'édit, si les formalités omises ne sont pas de faible importance, si enfin on ne s'est pas conformé aux usages locaux pour la vérification et la surveillance[1]. Il s'agit de la *bonorum possessio* carbonienne [2], qui est accordée sur la succession du père à l'enfant dont la filiation est contestée ; elle est motivée par la présomption de paternité, et a pour effet de faire retarder jusqu'à la puberté de l'enfant l'action en désaveu que veulent intenter les héritiers du mari. Cette *bonorum possessio* n'est donc pas autre chose qu'une application de la règle : *Pater is est;* et si, dans l'hypothèse actuelle, elle peut

[1] L. 1, § 15, et l. 2, § 1, *De inspiciendo ventre.*
[2] L. 2, pr., *eod.*

être refusée, c'est que la présomption de paternité se trouve affaiblie, comme dans le cas prévu par le sénatus-consulte Plancien.

§ 3. — Force probante de la présomption de paternité.

La force probante de la présomption de paternité consiste en ce qu'elle fait foi de la paternité du mari, malgré la déclaration contraire de la femme, et malgré la dénégation du mari, tant qu'elle n'est pas détruite par la preuve contraire.

C'est ce que décide le jurisconsulte Scævola, pour le cas de déclaration contraire de la mère, dans la loi 29, § 1, ff., *De probationibus* (XXII, 3). On suppose qu'une femme, répudiée pendant sa grossesse, est accouchée pendant l'absence de son ancien mari, et a déclaré son enfant comme étant un *spurius* (*ut spurium in actis professa est*) : on demande au jurisconsulte si, malgré la déclaration de cette mère irritée, l'enfant n'en est pas moins en puissance paternelle ; et Scævola répond, par une de ces formules un peu vagues que les prudents aiment à employer pour leurs décisions les plus positives : *Veritati locum superfore* [1]. Ainsi, d'après ce texte, il ne faut pas s'arrêter à l'objection tirée de la déclaration de la mère : la vérité est la légitimité de l'enfant, sa condition de *filiusfamilias*, la paternité du mari par conséquent ; et cette paternité ne peut être une vérité juridique que par application de la règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

En ce qui touche la dénégation du mari, la proposition que nous avons énoncée a été contestée. MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, dans leur *Commentaire du Code civil* [2], soutiennent « que la présomption de paternité n'a pas, en droit romain, la portée qu'elle a chez nous. » A Rome, disent-ils, le mari était libre de reconnaître ou de ne pas reconnaître les enfants de sa femme, sauf l'action qui était réservée à ceux qui n'avaient pas été volontairement reconnus, pour établir leur filiation. Ils citent, à l'appui de leur opinion, la loi 6, ff., *De*

[1] « Mulier gravida repudiata, filium enixa absente marito, ut spurium « in actis professa est : quæsitum est an is in potestate patris sit, et, matre « intestata mortua, jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit « professio a matre irata facta ? Respondit veritati locum superfore. »

[2] T. I, p. 288, n. 428.

his qui sui vel alieni juris (I, 6), et la loi 1, § 15, ff., *De agnoscendis et alendis liberis ;* et ils opposent à ce système celui du Code Napoléon, où « la paternité du mari étant présumée, il importe beaucoup moins que l'enfant soit reconnu. A la vérité, il peut être désavoué dans plusieurs cas exceptionnels ; mais, dans ces cas mêmes, la présomption légale lui assure le rôle de défendeur, et rejette sur le mari le fardeau de la preuve contraire. » Cette opinion, on le voit, revient à nier l'existence, dans le droit romain, de la règle : *Pater is est*, comme présomption légale, au moins vis-à-vis du mari. — Nous prétendons, au contraire, que, sauf la détermination limitative des différents cas de désaveu, qui n'existait pas en droit romain, sauf aussi une réglementation plus précise des actions en désaveu et en contestation de paternité, la théorie française est la reproduction exacte de la théorie romaine sur la paternité du mari [1].

En citant, à l'appui de leur opinion, la loi 6, *De his qui sui*, les savants auteurs que nous combattons ont eu vraiment la main malheureuse, et ce texte, loin de nous être contraire, fournit des arguments à notre doctrine. Ulpien, qui en est l'auteur, y dit positivement, en rapportant une décision de Julien, que le mari qui a vécu assidûment avec sa femme ne peut pas se refuser à reconnaître comme sien l'enfant né de celle-ci : *Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum.* S'il ne peut pas se refuser à le reconnaître, c'est évidemment qu'il ne peut pas, au moyen d'une simple dénégation, empêcher l'application de la règle : *Pater is est.* En outre, dans la phrase qui précède et dans celle qui suit celle qui vient d'être rapportée, le jurisconsulte indique l'absence du mari ou son impossibilité d'engendrer au moment de la conception de l'enfant, comme des cas où il peut être admis que l'enfant de sa femme n'est pas le sien. En mentionnant ces circonstances, le jurisconsulte les suppose constantes (*si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse*),

[1] Telle est aussi la doctrine enseignée par Doneau (*Commentaria de jure civili*, lib. II, cap. I, n. 9) : « Qui, constante matrimonio, ex uxore natus est « (quod semper certum esse potest), idem ex viro tamdiu genitus habetur, « quamdiu non probetur ex eo natum non esse, idque est quod dicitur « patrem eum esse quem nuptiæ demonstrant. »

et, par là, il reconnaît que la preuve en est nécessaire pour que le mari ne soit pas considéré comme le père de l'enfant.

Quant à la loi 1, § 15, *De agnoscendis et alendis liberis*, ses dispositions ont été rapportées précédemment (p. 21, en note). Il est cependant nécessaire d'y revenir pour bien préciser le sens des expressions que MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain ont, sans doute, jugées favorables à leur opinion. Le jurisconsulte Ulpien, s'occupant du cas où le mari divorcé, auquel son ancienne femme a dénoncé sa grossesse, a négligé de lui envoyer des gardiens, décide qu'il sera obligé de nourrir l'enfant, et le texte ajoute : *Cæterum recusare poterit filium.* Il faut d'abord remarquer que cette décision est spéciale au cas de divorce : on ne pourrait donc rien en conclure pour le mari non divorcé, alors même qu'elle aurait le sens qu'on paraît lui donner ; elle ne détruirait donc pas la décision générale, donnée par le même Ulpien dans le texte précédemment examiné, décision qui subsisterait pour tous les cas où il n'y aurait pas eu divorce avant la naissance. Mais il faut aller plus loin et reconnaître que le mari, même divorcé, ne peut pas repousser la paternité par une simple dénégation, si ce n'est dans le cas où le sénatus-consulte Plancien affaiblit la présomption. La différence entre ces cas et ceux où la présomption est maintenue avec sa portée ordinaire est marquée par la différence même des expressions employées par les textes. Dans les premiers de ces cas, la faculté donnée à l'ancien mari est caractérisée par le mot *negare* [1], qui indique une simple dénégation : *non necesse habebit agnoscere* ; — *liberum est non agnoscere*, disent les jurisconsultes [2], qui prennent soin de réserver à l'enfant la preuve de la paternité [3]. Lorsque, au contraire, l'ancien mari ne s'est pas conformé, en ce qui le concernait, aux prescriptions du sénatus-consulte, notre texte emploie le mot *recusare*. *Cogitur agnoscere* et même OMNIMODO *cogitur agnoscere*, avons-nous lu dans le paragraphe 4 de la même loi et dans le paragraphe 5 des *Sentences* de Paul ; et les jurisconsultes, en ne réservant pas la preuve de la paternité, montrent bien que l'enfant n'en a

[1] Voir l. 1, § 11, *De agnoscendis*. C'est ainsi que le paragraphe 16 de la même loi dit : *Plane si, denunciante muliere,* NEGAVERIT *ex se esse prægnantem.*

[2] *Ead. lege*, §§ 4 et 6.

[3] *Ead. lege*, § 13, et notre paragraphe 15, 1re proposition.

pas besoin. Il faut bien, en effet, qu'une différence existe entre des cas distingués si soigneusement par le sénatus-consulte Plancien ; et cette différence est très-bien mise en relief par les deux propositions de notre paragraphe 15 : si c'est la femme divorcée qui n'a pas obéi aux prescriptions du sénatus-consulte, c'est à l'enfant de prouver la paternité du mari ; si c'est le mari, c'est à lui de prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant, *poterit recusare filium.*

Ainsi donc ce texte, pas plus que le précédent, n'a rien qui contredise la portée que nous donnons à la règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, en tenant compte des restrictions qu'y a mises le sénatus-consulte Plancien. Et nous pouvons invoquer, comme contredisant en termes formels l'opinion adverse, un texte du Code précédemment cité, la loi 9, *De patria potestate*, qui porte : *Nec filium negare cuiquam esse liberum, senatusconsulta de partu agnoscendo... jure manifesto declarant.*

C'était une question agitée entre les anciens interprètes du droit romain, et ce point est encore controversé entre les jurisconsultes modernes, que de savoir comment se règle la filiation paternelle de l'enfant, lorsque la présomption de paternité est applicable à deux maris. On fait pour cela l'hypothèse suivante. Une femme s'est remariée dans les quatre mois qui ont suivi la mort de son mari. Ce second mariage, contracté avant l'expiration de l'année de deuil, est valable, quoique faisant encourir aux deux époux une tache d'infamie, et à la femme des peines pécuniaires [1]. Un enfant naît alors que plus de six mois se sont écoulés depuis le commencement du second mariage, et moins de dix mois après la mort du premier mari : par exemple, à la fin du neuvième mois depuis cette mort, si le second mariage a eu lieu au commencement du troisième mois. On pourrait même, en combinant des mariages et des divorces successifs de la même femme avec des maris différents, faire une hypothèse où la présomption de paternité serait applicable à plus de deux maris.

Cette hypothèse de la *confusion de part* a donné lieu aux so-

[1] Voir l. 15, C., *Ex quibus causis infamia*, II, 12 ; l. 1, C., *De secundis nuptiis*, V, 9 ; l. 4, C., *Ad senatusconsultum Tertullianum*, VI, 56 ; Nov. XXII, cap. XXIII ; Nov. XXXIX, cap. II.

lutions les plus diverses et les plus extraordinaires. Les uns ont soutenu que l'enfant doit être considéré comme ayant deux pères dans les deux maris ; d'autres, comme n'ayant aucun père [1]; d'autres, comme pouvant choisir entre les deux maris celui dont il lui plaira d'être le fils [2]. D'autres ont prétendu que la question de paternité doit être tranchée en fait d'après la ressemblance du visage, et que l'enfant doit avoir pour père celui des deux maris auquel il ressemble le plus. D'autres, enfin, parmi lesquels Voët [3], décident que l'enfant doit appartenir au second mari. Aucun texte ne prévoit la question ; et nous croyons qu'aucune des opinions qui viennent d'être rapportées ne la résout d'une manière satisfaisante.

Nous croyons certain d'abord que, de ce que la présomption de paternité s'applique à deux hommes, on ne peut pas conclure que l'enfant n'ait pour père ni l'un ni l'autre. D'autre part, il est manifestement absurde qu'un enfant puisse avoir deux pères. Il faut donc attribuer la paternité à l'un ou à l'autre des deux maris ; mais il paraît singulier de faire dépendre du caprice de l'enfant la solution d'une question qui est, en définitive, une question de preuve. Nous ne croyons pas davantage qu'il faille admettre une solution *à priori*, comme le fait Voët, dont la décision repose sur deux motifs qui nous paraissent erronés. Il prétend, en premier lieu, que la présomption de paternité a plus de force en ce qu'elle touche le second mari, parce que, relativement à lui, l'enfant est *né* dans le mariage. Il serait facile de faire tomber cet argument, en supposant le second mari prédécédé lui-même, ou divorcé, au moment de la naissance. Mais nous répondons, d'une manière plus péremptoire, que, dans la théorie romaine, c'est uniquement au fait de la *conception* pendant le mariage qu'est attachée la présomption de paternité, comme on l'a vu précédemment ; or, par hypothèse, ce fait, ou du moins sa possibilité juridique, se présente pour le premier mari aussi bien que pour le second ; donc, il y a pour les deux égalité de présomption légale. Voët ajoute que le second mari est en faute, qu'il devait connaître la position de sa femme, et

[1] Baldus ad leg. 11, § 1, *De his qui notantur infamia.*

[2] Ce système est celui de la jurisprudence anglaise, suivant Blackstone (t. II, chap. VIII, n. 2).

[3] *Comment. ad Pandectas*, liv. I, tit. VI, *De his qui sui*, n. 9.

ne pas donner lieu, par un mariage précipité, à la confusion de part, qu'il n'est donc pas recevable à se plaindre de la paternité qu'on lui impose. Il ne s'aperçoit pas, en raisonnant ainsi, de ce qu'il y a de singulier à infliger la qualité de père comme une punition, à transformer une question de preuve en une question de pénalité. Il ne s'aperçoit pas, non plus, que, sous prétexte de punir le second mari, il punira l'enfant, si la paternité du premier mari lui eût été plus avantageuse.

Pour nous, la solution juridique de cette controverse est que le débat n'est pas du domaine du jurisconsulte; nous croyons que la détermination de la paternité réelle entre les deux paternités juridiquement possibles est une question de fait. Mais nous n'adoptons pas pour cela la quatrième opinion indiquée. Nous croyons que le juge doit décider, non pas seulement d'après une ressemblance plus ou moins fugitive, mais d'après l'ensemble des circonstances, et l'on peut citer comme les plus importantes : d'abord, la bonne ou la mauvaise santé du premier mari dans les derniers temps de sa vie, et, ensuite, l'état physiologique de l'enfant au moment de sa naissance, et les autres faits d'où l'on peut conclure que la gestation a été plus ou moins longue.

§ 4. — De la destruction de la présomption de paternité par la preuve contraire.

On a vu précédemment que la présomption de la paternité du mari a pour fondements la cohabitation des époux et la fidélité de la femme. On a vu ensuite des cas où la loi romaine considère l'existence de cette double condition comme ne résultant pas suffisamment du fait même du mariage, et exige que la preuve en soit complétée au nom de l'enfant. Il reste maintenant à examiner l'influence de l'inexistence de ces conditions, établie au moyen de preuves fournies au nom du mari.

L'adultère de la femme, prouvé par le mari ou par ses ayants droit, ne suffit pas pour faire tomber la présomption de paternité, comme le dit Papinien dans la loi 11, § 9, ff., *Ad legem Juliam de adulteriis* (XLVIII, 5) : *Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat; quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* Il est vrai

qu'alors cette présomption ne présente plus le même degré de certitude; mais, dans le doute, il vaut mieux admettre la supposition la plus avantageuse à l'enfant [1]. La circonstance de l'adultère de la femme n'est pas, en effet, inconciliable avec la paternité du mari : *Quid enim*, dit Voët [2], *si Juliam imitata adultera, non nisi plena nave rectorem admiserit?* Ainsi l'adultère de la femme, qui résulte forcément de la non-paternité du mari, lorsque celle-ci est établie, ne prouve pas, à lui seul, cette non-paternité.

Quant à la première condition, la cohabitation du mari avec la femme, elle est de toute nécessité, et son absence doit faire tomber la présomption. Mais comment l'absence peut-elle en être prouvée? En cette matière, le législateur français a imposé des conditions à la conviction du juge : il a déterminé d'une manière rigoureuse et limitative, non pas, il est vrai, les moyens de preuve à employer, mais les faits qui seront considérés comme pertinents, dont la preuve sera seule admise. Tel n'est pas, croyons-nous, le système romain. Ce qu'on demande au juge, c'est d'être convaincu que le mari n'a pas cohabité avec la femme à l'époque de la conception; mais on ne restreint point dans des limites fixées à l'avance la marche à suivre pour produire cette conviction.

Cette théorie nous semble ressortir d'un passage d'Ulpien que nous avons déjà eu l'occasion de citer, de la loi 6, ff., *De his qui sui vel alieni juris sunt* (I, 6).

Le jurisconsulte indique en première ligne, comme un cas où il devra être reconnu que le mari n'est pas le père de l'enfant, celui de l'absence de ce mari à l'époque de la conception : *si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.* Le même cas est prévu par le même jurisconsulte, dans un texte précédemment cité aussi, la loi 1, § 14, *De agnoscendis et alendis liberis*, où il est dit que le mari divorcé, qui ne se sera pas conformé au sénatus-consulte Plancien, pourra cependant désavouer l'enfant : *Esse satis injuriosum ait* (*Julianus*), *si quis longo tempore abfuerit, et reversus præ-*

[1] Voët, *Comment. ad Pandectas*, liv. I, tit. VI, n. 8.
[2] *Ibid.*

gnantem uxorem invenerit, et idcirco rejecerit, si quid ex his quæ senatus-consulto continentur omiserit, suum heredem ei nasci.

Ulpien précise ensuite deux autres cas, dans notre loi 6 : celui d'une infirmité, d'un accident survenu au mari (*si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente*); et celui d'un mauvais état de santé qui l'a empêché d'engendrer (*si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit*). Mais, entre l'indication de ces deux cas se trouvent trois mots par lesquels est réservée l'admission de la preuve de toute autre circonstance tendant à prouver le défaut de rapprochement sexuel entre les deux époux : *Si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente*, VEL ALIA CAUSA. Ainsi l'énumération des deux cas est énonciative, non limitative. Et cette doctrine a pour elle, outre l'autorité d'Ulpien, celle du jurisconsulte Scævola, comme nous l'apprend notre texte (*mihi videtur, quod et Scævola probat*).

La non-cohabitation pourra donc être prouvée de toute manière. Lorsqu'elle le sera au moyen de la preuve d'un obstacle physique, tel que ceux indiqués par Ulpien, absence, accident, maladie, ou de tel autre que l'on pourra imaginer, par exemple d'une incarcération rigoureuse qui aura empêché toute communication entre les époux, alors, sans contredit, le mari aura suffisamment justifié son désaveu.

Faut-il aller plus loin et admettre la preuve de la non-cohabitation au moyen de circonstances d'un autre genre, telles que des dissentiments graves entre les époux; en d'autres termes, faut-il admettre la preuve de ce que l'on appelle, dans le langage moderne, l'*impossibilité morale?* L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Nous la motivons par un principe général du droit romain en matière de preuve et par la décision de notre texte d'Ulpien. Le principe général est que la personne qui a une preuve à faire peut employer tous les faits propres à justifier sa prétention. Il est formulé par Pothier en ces termes : *Probasse quis videtur quod intendit, quum probaverit ea intervenisse ex quibus sequatur hoc ita esse sicut intendit*[1]. Et ce principe est manifestement appliqué en notre matière par les mots *vel alia*

[1] Pothier, *Pandectæ Justinianeæ*, tit. *De probationibus* (XXII, 3), n. 8.

causa, employés par Ulpien, qui comprennent toutes les circonstances probantes [1].

La preuve de l'adultère de la femme peut avoir son utilité dans les différents cas où l'on cherche à établir l'impossibilité physique ou morale de la cohabitation, et servir à rassurer les scrupules du juge, à compléter sa conviction. C'est ce qui résulte de la loi 11, § 9, *Ad legem Juliam*, précédemment rapportée, qui, en décidant que l'adultère de la femme ne nuit pas *dans tous les cas* (*non utique*) à l'enfant, suppose que, dans certains cas, la preuve de cet adultère n'est pas sans influence sur la preuve de la filiation.

La preuve de la non-cohabitation doit évidemment se rapporter à l'époque de la conception, pour combattre efficacement la présomption légale. L'obstacle physique ou moral doit avoir duré pendant tout le temps auquel la conception peut remonter, c'est-à-dire pendant les cent vingt jours compris entre le trois cent unième et le cent quatre-vingtième avant celui de l'accouchement. Cela résulte de la décision d'Ulpien relative au cas d'absence ; nous avons vu, en effet, qu'il suppose, soit que le mari a été absent pendant dix ans, lorsqu'il trouve dans sa maison un enfant âgé d'un an ; soit qu'il a été éloigné pendant un long temps lorsqu'il trouve sa femme enceinte.

Louis Amiable,
Docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

[1] Voir Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, *De præsumptionibus*, n. 4, et *De partu agnoscendo*, n. 2 (éd. de Leipzig, 1735, t. III, p. 987; et t. IV, p. 389).

ÉTUDES SUR LE DROIT DE L'ANJOU

AU MOYEN AGE[1].

PREMIER ARTICLE.

DU MARIAGE ET DE SES EFFETS CIVILS.

§ 1. — Des empêchements canoniques.

Pendant l'époque féodale, la loi civile s'accordait avec la loi ecclésiastique pour reconnaître au mariage le caractère de sacrement. Tout ce qui touche au lien conjugal était régi par le droit canonique ; la loi séculière ne réglait que les effets civils du mariage, quant aux biens des époux et à leur administration.

Les cartulaires offrent peu d'applications des prescriptions canoniques à l'égard du mariage : cette matière était étrangère, en effet, aux actes qu'ils renferment. Cependant, nous trouvons accidentellement dans les chartes quelques traces du droit ecclésiastique. On voit, en effet, dans une charte du commencement du douzième siècle, qu'un nommé Gaudin, ayant épousé une femme du nom de Théophanie, fut séparé d'elle par l'autorité ecclésiastique, parce que celle-ci avait été fiancée d'abord à un frère de Gaudin[2]. L'empêchement provenant des fiançailles, admis par l'ancienne discipline ecclésiastique, a été consacré de nouveau par le concile de Trente ; il ne comprend que le premier degré de parenté. La prohibition n'existe, par conséquent, qu'entre l'un des fiancés et les père, mère, frères et sœurs de l'autre fiancé[3].

[1] Ce fragment est extrait d'une *Etude sur les usages juridiques de l'Anjou*, pendant les neuvième, dixième, onzième et douzième siècles, d'après les cartulaires et autres documents locaux, la plupart inédits.

[2] « Sed quia eadem puella cum Barbato fratre Gaudini benedicta fuerat, « judicio cleri ab eodem Gaudino separata est et Lupello de Dalmerio « nupsit... » La charte nous apprend que le mariage n'avait point été consommé : *Antequam vero concumberent, Barbatus ultima pressus infirmitate*, etc. (*Cartul. S. Sergii*, f° 159, du temps de Renaud, évêque d'Angers, 1102-1107.)

[3] Sessio XXIV, *De reform. matrim.*, cap. III.

Voici une autre application de la discipline ecclésiastique. Les moines de la Trinité de Vendôme donnent à un prêtre marié une église avec tous ses revenus, à la condition qu'il vivra chastement, que son épouse se séparera de lui et qu'elle demeurera dans une autre paroisse[1]. Il est aussi question de la femme d'un prêtre dans un acte du onzième siècle relatif à l'abbaye de Saint-Florent de Saumur[2].

On sait que l'Eglise n'a jamais permis de contracter mariage aux personnes déjà engagées dans les ordres[3]. Mais dans les premiers siècles, on ordonnait souvent et l'on élevait même à l'épiscopat des hommes qui s'étaient mariés avant leur ordination, quoique leurs épouses fussent encore vivantes à ce moment; on imposait à ces prêtres la seule condition de garder la continence. Plus tard, afin d'éviter que, par suite du relâchement de la piété, les prêtres qui gardaient leurs femmes ne manquassent à cette règle, on exigea une séparation complète entre eux et leurs épouses[4]. Tous les conciles du moyen âge sont remplis de dispositions destinées à maintenir la discipline ecclésiastique sur ce point, et à empêcher les prêtres de prendre des épouses ou des concubines. L'exemple que nous avons cité se rattache au second état de la discipline, à l'époque où l'on ne permettait plus au prêtre de garder son épouse sous son toit; aujourd'hui, on exigerait qu'elle entrât dans un couvent.

L'empêchement provenant de la parenté s'étendait fort loin, au moyen âge. Il comprenait, suivant certaines lois, les quatre, cinq, six ou sept premiers degrés du droit canonique, c'est-à-dire sept générations, ce qui équivaut à quatorze degrés du droit

[1] De Gosfrido sacerdote de Maziaco.« ... Dedimus siquidem illi presby-« teratum ecclesiæ Maziaci tenendum sicut prius habuerat et in vita sua « omni tempore, dum tamen, sicut spopondit ordoque sacerdotalis exigit, « caste et continenter vixerit... Benedicta vero conjux illius ab ejus con-« sortio sequestrata in eadem parrochia minime conversabitur. » (*Cartul. S. Trinitatis Vindocinensis*, f° 239, sous l'abbé Odric, onzième siècle.)

[2] « Annuente uxore presbyteri. » (*Codex niger S. Florentii Salmuriensis*, n. 109, anno 1051.)

[3] Conciles de Rome, en 324, canon 8, 19, apud Labbe; — de Latran, en 1122, c. 3, 21; — en 1139, c. 6. — Decretal. Gregorii IX, lib. III, t. III, c. 1. — Concile de Reims, en 1119.

[4] Conciles de Londres, en 1102; c. 4; —en 1138, c. 8.— *Epistolæ Gregorii VII*, lib. II, epist. 67, ap. Labbe.

civil[1]. C'était la règle la plus communément suivie en France, avant le treizième siècle[2]. D'autres documents ecclésiastiques vont même plus loin et prohibent le mariage tant que la parenté peut être connue[3]. Mais il était souvent difficile de retrouver une parenté aussi éloignée. Il pouvait arriver que des époux qui avaient contracté de bonne foi fussent ensuite obligés de se séparer, ou que des parents éloignés profitassent de l'ignorance commune pour se marier, et vinssent ensuite à divulguer leur parenté, afin de se séparer plus tard, ce qui équivalait presque au divorce. Ces différents motifs, sans doute, déterminèrent l'Eglise à modifier sa discipline. De là, les dispositions du concile de Latran, qui restreignirent la parenté canonique aux quatre premiers degrés, c'est-à-dire au huitième degré du droit civil, disposition conservée par le concile de Trente et qui est encore en vigueur de nos jours[4].

Foulques Réchin, comte d'Anjou, voulant répudier sa seconde femme Ermangarde, fille d'Archambault le Fort de Bourbon, et mère de Geoffroy Martel II, allégua qu'elle était sa parente. Il fit annuler son mariage, afin d'épouser la sœur d'Amaury de Montfort, femme plus belle que vertueuse et qui lui avait inspiré une violente passion. Cette union a été sévèrement jugée par l'ancien chroniqueur d'Anjou. La femme répudiée épousa Guillaume de Juvinié, d'une des plus nobles familles d'Auvergne[5].

[1] Conciles de Rome, en 1063, c. 9; — de Londres, en 1075; — de Clermont, en 1095, c. 18. — *Lex Wisigothorum*, lib. III, t. v, c. 1. — *Lex Salica*, t. XIV, c. 16. — *Capitul. Ansegisii*, lib. V, c. 9, 166, 167, 168, 310; — VI, 80, 130. — Addit., III, 123, etc.— Capit. de Verberie, en 742.

[2] Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, chap. LIX, n. 20. — *Etablissements* de saint Louis, liv. I, chap. XXII, XLIV, LXXIV.

[3] Conciles de Rome, en 721; — en 853, c. 38. — Léon IV, décrét. 4, continuateur de Denys le Petit. — Jean VIII, lettre 198. — Odon, archiepisc. Canterb., c. 7. — Deuxième concile de Tolède, en 531, c. 5.— Conciles de Bourges, en 1031, c. 18; — de Nantes, en 1096, c. 10; — de Reims, en 1131, c. 16; — de Latran, en 1123, c. 5; en 1139, c. 17.

[4] Concile de Latran, en 1215, c. 50.

[5] « Libidinosus Fulco sororem Amalrici de Monte Forti adamavit, cujus « præler formam nihil unquam bonus laudavit, pro qua matrem Martelli « dimisit, affirmans eam de genere suo fuisse; quam dimissam Guillelmus « Julviniacensis, vir ex nobilioribus Arvernorum, uxorem duxit. » (*Chronicon de gestis consulum Andegavorum*, de Fulcone Richin, édit. de M. Marchegay.)

L'Église lutta longtemps contre le divorce, avant de le faire disparaître. Au sixième et au septième siècle, la loi civile l'admettait encore. Dès cette époque, les anathèmes frappèrent souvent les princes qui répudiaient leurs épouses afin de contracter de nouvelles unions. L'ancienne discipline ecclésiastique fut sanctionnée de nouveau par différents conciles, et notamment par celui de Latran, en 1179 [1]. Toutefois, si elle prohibait le divorce d'une manière absolue, elle permettait la séparation dans certains cas; le mari pouvait répudier sa femme pour cause d'adultère, après le jugement du tribunal ecclésiastique [2]. Mais, d'après le droit canonique, l'époux innocent lui-même ne pouvait pas contracter un nouveau mariage, avant la mort du coupable. Le premier mariage, subsistant toujours, constituait un empêchement dirimant, et faisait obstacle à toute nouvelle union. Nous trouvons dans nos cartulaires un exemple de répudiation pour cause d'adultère. D'après une charte du douzième siècle, une femme nommée Gosberge fut répudiée pour ce motif [3].

§ 2. — De la puissance maritale et du régime matrimonial.

Certaines lois de l'époque barbare permettaient au mari de mettre à mort sa femme coupable d'adultère avec le complice de celle-ci. Le droit moderne admet encore le cas d'adultère comme une excuse légale pour le mari, s'il donne la mort aux coupables pris en flagrant délit. D'après la charte que nous venons de citer, le mari ne donna pas la mort à sa femme, mais il mutila le complice, qui était un clerc, et lui creva les yeux. Les princesses n'étaient pas à l'abri de ces peines sévères. Le comte Foulques Nerra fit brûler vive Elisabeth, sa seconde femme, coupable d'adultère [4].

[1] Concile de Latran, 1179, *Append.*, pars VI, c. 16.

[2] Decret. Gregorii IX, lib. IV, t. XIX, cap. 7.

[3] « Sed cum tardius ad eam redisset quadam nocte invenit eam facien-
« tem stultitiam de corpore suo. Nam cum quodam clerico invenit eam
« fornicantem. Quamobrem iratus cecavit clericum et ejus virilia ampu-
« tavit, mulierem quoque deseruit propter hanc causam fornicationis... »
(Charte de 1111, original des archives de la préfecture, et *Cartulaire de S. Serge*, f° 293.)

[4] « Qui... cum Elisabeth quoque causa adulterii concremasset... urbs

Le droit romain, dans son dernier état, lorsque la *manus* fut tombée en désuétude, n'admettait pas la puissance maritale. La femme gardait la jouissance et l'administration de tous ses biens extradotaux ou paraphernaux, quelle qu'en fût l'origine ; il n'y avait sur ce point rien de commun entre elle et son mari. Celui-ci ne pouvait administrer les biens de sa femme qu'en qualité de mandataire. Les Gallo-Romains conservèrent longtemps ce système. Les *Formules angevines* montrent qu'il existait encore dans notre province à l'époque mérovingienne[1]. Les biens dotaux que la femme apportait au mari étaient seuls destinés à soutenir les charges du ménage ; le mari était propriétaire de la dot pendant la durée du mariage ; les économies provenant du fonds dotal et les acquêts faits avec ces produits lui appartenaient en propre[2].

Rien de commun entre ce système et celui du droit germanique et des coutumes. La femme, d'après les usages des Barbares, passait avec tout ce qu'elle possédait sous la *mainbourde* ou tutelle du mari, qui administrait sa personne et ses biens ; il était, durant le mariage, propriétaire des meubles et acquêts. A la dissolution du mariage, la femme reprenait son don nuptial, son *morgengab* et son apport ; elle avait, en outre, une part des acquêts faits en commun. Ce système remplaça le régime dotal dans le centre et dans le nord de la Gaule[3].

Les mœurs simples du moyen âge et l'indissolubilité du mariage chrétien introduisirent dans le ménage une communauté de vie qui n'existait point auparavant. Le mari était considéré, durant le mariage, comme étant en quelque sorte propriétaire du bien de sa femme ; les biens de celle-ci sont quelquefois désignés dans les chartes comme appartenant au mari[4] ; ailleurs,

« Andecava incensa est post combustionem comitissæ Elisabeth. » (*Chron. S. Florentii ex libro rubro*, ann. 999. — D. Lobineau, *Histoire de Bretagne*, Preuves, col. 92.)

[1] *Formulæ Andegavenses*, f° 1, § 2. — Sirmond, form. 20.

[2] Ulpian. *Regulæ*, t. VI.— Cod. Theodos. lib. III, tit. IX, c. 3.

[3] *Lex Ripuariorum*, t. XXXVII, c. 2. — Marculf, lib. II, form. 7, 17.— *Form. Andeg.*, 58. — *Form. Langobardicæ*, 20, 21.

[4] « Cui (Menardo) eadem terra competebat per patrimonium uxoris suæ. » (*S. Sergii*, f° 293, ann. 1111,) « ... Postquam de his quæ cum uxore « sua susceperat certam habuit partem. » (*S. Maur.*, n. 45, circa, 1090.) « ... Uxorem meam ex cujus patrimonio idem homo in meam ditionem « devenerat. » (*Cod. nig. S. Florentii*, n. 281.)

le mari et la femme sont dits copossesseurs des mêmes biens[1]. Cette formule : *Vendidimus nos alodum nostrum*, ou *alodum juris nostri*, est même la plus généralement usitée dans les chartes.

La femme ne pouvait faire aucun acte important de la vie civile sans le consentement de son mari. Lorsqu'elle intervenait aux actes d'aliénation faits par quelque membre de sa propre famille, en qualité de parente ou d'héritière présomptive, elle était assistée par lui[2]; ils ne faisaient, pour ainsi dire, qu'une seule personne.

Le mari donnait, vendait, aliénait les biens de sa femme ; elle n'aurait pu en disposer sans son aveu ; mais réciproquement la femme était associée à tous les actes de son mari. Dans presque toutes les chartes la femme intervient et donne son assentiment aux actes passés par lui, qu'il s'agisse soit de biens propres à la femme[3], soit de biens communs[4], soit même de biens

[1] « Nobis donaverat Albericus supradicti castri dominus et Melisindis « uxor ipsius quorum ista juris erant...» (*Cartæ de monte Johannis*, ann. 1062, Marchegay, *Archives d'Anjou*, t. II, p. 74.) — « Vendidisse nos alodum « nostrum. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 23, fin du dixième siècle. Il s'agit, dans cette charte, d'un propre de la femme.)—«...Partem cujusdam nostræ « possessionis. » (*Ibid.*, n. 76.)

[2] « Hoc concesserunt et confirmaverunt Joinus de Parta et Niva uxor « ejus quæ de genere predicti Aimerici erat. » (*Codex secundus S. Sergii*, n. 25. douzième siècle.)— Donation d'une dîme par Mélisinde à S. Maur, du consentement de son fils et de son gendre (*S. Maur.*, n. 45, circa 1090). — Voir aussi *Cartulaire de S. Père de Chartres*, p. 561-562, ann. 1103.

[3] Don d'une dîme par Hugues de Baracé à S. Serge, avec l'assentiment de sa femme Ermangarde, *de cujus hereditate decima illa erat.* (*S. Sergii*, f° 107.) « ... Per ammonitionem et concessionem Totbergæ uxoris « suæ de cujus patrimonio decima illa erat.» (*Ibid.*, f° 108, 109.)«... Tenere « noluit dicens se concessisse, uxorem vero suam non concessisse.»(*Ibid.*, f° 159, sous l'évêque Renaud.) — « Cum filia sua nomine Eva eam dedit « Aimerico... Aimericus autem annuente eadem uxore sua vendidit Agneti « comitissæ. » (*S. Trin. Vind.*, f° 177.) — Don par Guérin et sa femme d'un collibert, *ad predictam Varini uxorem suo patrimonio maxime pertinentem.* (*S. Trin. Vind.*, f° 217.)— « Medietatem unius molendini quam « vendidit ipsa cum suo conjuge. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 108.)

[4] « Decimam de quodam molendino quod de proprio habere et labore « edificavimus. » (*S. Sergii*, f° 148. Don fait par Arsald et sa femme Arsinde.) « ... Quod simul edificavimus... super altare simul ambo misimus.» (*Ibid.*, f° 57.)

propres au mari [1]. Rarement le mari agissait seul, et s'il avait vendu un bien appartenant à sa femme sans le consentement de celle-ci, il fallait que l'acte fût plus tard ratifié par elle [2]. Beaucoup de chartes où l'on voit la femme intervenir ne font pas même connaître l'origine des biens [3]. On voit encore dans les actes du treizième siècle, comme dans ceux des siècles précédents, les époux agir ensemble, sans que le texte établisse auquel des deux appartiennent les biens qui font l'objet du contrat [4]. Quelquefois, au contraire, lorsqu'il s'agit des propres de la femme, elle vend en son nom personnel, avec le consentement de son mari, ainsi que cela se pratique encore aujourd'hui [5].

Les femmes des comtes participaient aussi aux actes d'aliénation ou d'acquisition faits par leurs maris [6], même lorsqu'il

[1] « Consentiente conjuge mea Godena nomine hereditatem meam quæ « michi a parentibus meis est relicta et quam hactenus possideo jure here- « ditario.» (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 28. Donation faite par Sibaud.) — « Meæ « predium possessionis hereditarie; hoc est alodum nostrum... sicut geni- « tor meus Gauzlinus et mater mea Adeltrudis habuerunt. . Signum Bile- « childis uxoris ejus qui hanc donationem affirmavit. » (*S. Maur.*, n. 34, 1er mars 839. Don par le comte Rorgon.)— Voir aussi *Cartulaire de Beaulieu*, n. 177, en 893.

[2] « Et quia eumdem molendinum per conjugem suam habere videbatur, « nos timentes ne post ejus obitum, si forte mulier superstes fuisset, per « eam in eodem molendino contra nos aliqua calumnia nasceretur. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 109, en 1051.)

[3] *S. Sergii*, f° 156, 211, en 1096. — *Cod. nig. S. Flor.*, n. 180. — *S. Maur.*, n. 17.— *S. Trin. Vind.*, f° 75, 191.—*Cartul. S. Mariæ Andegav.*, ann. 1038. D. Lobineau, *Preuves*, col. 112.

[4] Vente d'un morceau de pré par Philippe Bel Homme et Agathe, sa femme, à Mathieu d'Epinats. (Charte originale de 1264.)

[5] « Medietatem unius molendini quam vendidit ipsa (Hildegardis) cum « suo conjuge. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 108.) — « Uxor... dedit et hanc « Petrus conjux illius concessit monachis. » (*S. Maur.*, n. 18; circa 1066.)

[6] « Ipse idem (Willelmus) manu sua auctorizamenti sui signum subno- « tavit, uxor etiam ejus et filius. » (Don par Guillaume, duc de Normandie, à S. Florent, *Cod. nig.*, n. 151.) — « Goffridus comes inclitus et Agnes « comitissa uxor ejus emerunt ab Erfredo milite molendinum.» (*S. Trin. Vind.*, f° 145.) — « Illi vendere jure concessi comiti Gauzfrido suæque « conjugi Agneti. » (*S. Trin. Vind.*, f° 73. Autorisation donnée par Teudouin à son vassal de vendre un fief tenu de lui.) — Il en est de même dans tous les actes relatifs au couvent de la Trinité de Vendôme.

s'agissait d'une viguerie du comté ou de droits appartenant à la souveraineté féodale [1].

Dès le onzième siècle, la femme prenait part aux actes relatifs aux fiefs. En 1066, Geoffroy, comte d'Anjou, ratifia une donation faite par Garin le Français et par sa femme Oravie, d'une terre qu'ils tenaient de lui en bénéfice [2]. Hugues de Baracé et sa femme Hermangarde confirmèrent la donation, faite par leur vassal Raymond, d'une dîme qu'il tenait de leur fief [3]. Beaucoup de chartes du onzième siècle relatent des faits qui établissent l'existence de cet usage [4]. Lorsque la femme possédait un fief, le mari en faisait le service et tenait ce bien *in manu sua* [5].

La femme n'agissait en justice qu'avec l'autorisation de son mari, comme de nos jours. Nous voyons dans une charte de 1118 qu'un seigneur, nommé Mathieu, avait donné une terre et une dîme, qui lui appartenaient en propre, au couvent de Marmoutiers, puis s'était marié avec une femme appelée Ivie. Il vint à mourir ensuite, et sa veuve épousa en secondes noces un nommé Guillaume. Celui-ci attaqua la donation de concert avec sa femme, qui se disait propriétaire de la dîme en question; le texte ne dit pas à quel titre. Cette prétention fut facilement repoussée; car, le don avait été fait avant le mariage de Mathieu, et sa veuve ne pouvait rien y prétendre. La charte n'en montre pas moins le concours du mari dans l'exercice d'une action judiciaire, qui dans tous les cas ne concernait que les intérêts de la femme [6].

[1] « Vicariam quam habebamus in terra S. Mauri. » (*S. Maur.*, n. 22, 11 décembre 1124. Don fait par le comte Foulques et la comtesse Aremburge.) — Autre don de 1120, n. 41, même cartulaire. — Confirmation par le comte Foulques et la comtesse Aremburge des dons faits à S. Maur par le vicomte Jean. (*Ibid.*, n. 53, vers 1125.)

[2] « Quos de nostro tenebant beneficio. » (*S. Maur.*, n. 17.)

[3] « Quam de fevo Hugonis de Baraccio habebat. » (*S. Sergii*, f° 108.)

[4] Autorisation par Geoffroy Martel à Albert et sa femme de donner à S. Maur une terre tenue de lui en bénéfice. (*S. Maur.*, n. 26, 1040-1045.) — « Huic dono... assenserunt gratanter uxor ipsius et infantes eorum, « dominus quoque illorum, de cujus beneficio memoratam tenebant terram, « hoc donum auctorizavit. » (*S. Trin. Vind.*, f° 37, ann. 1080.)

[5] *Cod. diplom. S. Petri Carnotensis*, p. 340-341.

[6] « De supradicta decima, quam Matho vir suus autequam eam duxisset « uxorem, monachis dederat, tam per se quam per virum suum Willel- « mum calumpniam fecit.» (*Cartæ de Liriaco*, ann. 1118, Marchegay, t. II, p. 21.)

Il résulte clairement de ces différents textes, que l'épouse n'agissait jamais seule dans les actes de la vie civile, et qu'elle ne pouvait pas disposer de ses biens sans le consentement de son mari. Mais la puissance maritale n'absorbait point sa personnalité ; elle était l'associée de son époux et participait à tout ce qu'il faisait d'important ; leurs intérêts étaient confondus pendant la durée du mariage ; ils jouissaient et disposaient en commun de tous leurs biens [1].

Il y avait au moyen âge un singulier usage importé par les Germains. La veuve, au décès de son mari, passait sous la tutelle des héritiers de celui-ci. Un capitulaire de Louis le Pieux abolit cette coutume [2] ; cependant elle existait encore au onzième siècle dans certains pays ; une charte nous en fournit la preuve. Une femme nommée Odeline avait épousé en premières noces un prince breton du nom d'Alfred. Celui-ci vint à mourir laissant un fils. Odeline, du consentement de ce fils, nommé Alfred comme son père, se remaria avec un autre seigneur appelé Bilic, duquel elle eut aussi un fils qui reçut le nom de Bernard. Bilic étant mort, Bernard exerça la tutelle de sa mère ; il régit les biens que celle-ci avait reçus en douaire de son premier mari et qu'elle avait portés à son second, de l'aveu des fils du premier lit. Bernard mourut lui-même avant sa mère, qui, accablée de chagrin, se fit religieuse dans le couvent de Sainte-Marie d'Angers [3].

L'apport matrimonial de la femme consistait soit en terres al-

[1] Dans le *Cartulaire de S. Père de Chartres*, on trouve à chaque instant des applications de la puissance maritale; tantôt la femme vend son domaine avec l'autorisation de son second mari (p. 205, ante. 1090) ; tantôt le mari vend, donne ou échange, avec le concours de sa femme, les biens que celle-ci lui a apportés (p. 351, 298, 504, de l'an 1092 à 1120).— En Bretagne, l'autorisation maritale était nécessaire aussi pour les actes d'aliénation faits par la femme, (*Cartul. de Redon*, ann. 871 ; D. Lobineau, *Preuves*, col. 67.)

[2] *Lex Salica*, t. XLVI. — *Form. Langobardicæ*, f° 20. — *Capitulaire* de 819, c. 8.

[3] « Hæc post decessum prælibati principis à filio ejusdem itidem Alfrido « nomine, altero principi Bilico nomine cum prædata dote in matrimonio « jungitur. Quo iterum migrante, Bernardus ejus filius totum honorem « patris sui Bilici obtinens, matrem cum dote sua quoad vixit nobiliter « rexit » (Fondation du prieuré du Cellier. D. Morice, *Preuves de l'histoire de Bretagne*, t. I, col. 355, ann. 1000-1050.)

lodiales[1], soit en dîmes[2], quelquefois dans la mouvance d'un bien tenu en fief par un vassal[3], ou réciproquement dans un fief tenu par elle d'un seigneur supérieur[4]. Dès le onzième siècle, le mot *maritagium* désignait l'apport de la femme, et avait remplacé le mot *dos*, dont le sens avait été altéré[5]. Dans une charte du commencement du treizième siècle, on voit un mari partant pour Jérusalem engager tout ce qu'il possède, sauf le douaire et le *mariage* de sa femme[6]. Plusieurs coutumes conservèrent le mot *mariage* jusqu'à nos jours. Au treizième siècle, à l'époque dite de la renaissance du droit romain, on voit dans la pratique le mot *dos* reparaître pour désigner l'apport matrimonial de la femme; mais cela ne changea rien au fond des choses et ne rétablit pas le régime dotal romain dans les contrées du centre et de l'ouest de la France[7].

A la dissolution de l'union conjugale, la femme reprenait son mariage et les biens qu'elle avait pu recueillir, soit par succes-

[1] « Quædam mulier Ermensendis nomine Arnulfi de Brisco mater alo-« dum habens, quod ei ex parentela sua successerat, maritavit duas filias « quibus dedit partem ipsius alodi. » (*Cod. nig.*, n. 204, vers 1058.) — « De alodio quod nominatur Monsriol, partem suam totam... terram suam « quæ ex dote materna sibi data fuerat, quando olim marito sociata est. » (*S. Trin. Vind.*, f° 87, onzième siècle.)

[2] « Decimam quam cum muliere sua acceperat.» (*S. Sergii*, f° 107, *Noticia de Baraceio.*) — « Mater ipsius Senegundis de cujus maritagio eadem « decima erat. » (*S. Sergii Codex secund.*, n. 52.)

[3] Confirmation par Gauthier de Juvigny et par Mainelde, sa femme, d'une donation faite par leur vassal qui tenait d'eux en fief la dot de cette femme *quæ in maritagio terram habebat.* (*S. Sergii*, f° 247.)

[4] « Terram quam cum ea acceperat dominis de quibus eam tenebat re-« liquit. » (*S. Sergii*, f° 293, en 1111.)— « Ipse enim Gaufridus fevum illud « cum conjuge sua acceperat. » (*S. Sergii*, f° 108, 109.)— Marchegay, t. II, p. 7, vers 1050. — *Cartulaire de Beaulieu*, n. 116, onzième ou douzième siècle.

[5] « Odo Rufus et uxor ejus Eusebia de cujus erat maritagio. » (*S. Trin. Vind.*, f° 111.) — « Eo quod maritagium fuisset materteræ suæ. » (Charte de 1039 du *Cartulaire de Vendôme*, Galland, p. 24, 25.) — Quelquefois, le mot *sponsalitium*, qui, dans le droit romain, s'appliquait au don fait par le mari à sa fiancée, est pris dans le sens de *maritagium*, et désigne dans les chartes l'apport de la femme. (*S. Petri Carnot.*, p. 434-435.)

[6] « Exceptis dotalicio et maritagio uxoris suæ Vilanæ. » (Charte de 1218. D. Lobineau, *Preuves de l'histoire de Bretagne*, col. 160.)

[7] « Nec ratione dotis seu donationis propter nuptias. » (Charte originale d'Epinats, de 1264.)

sion, soit par donation. Elle reprenait probablement aussi les vêtements et les bijoux à son usage personnel, car elle en conservait la propriété pendant le mariage. Dans une charte de Saint-Père de Chartres, du dixième siècle, on voit une femme faire cadeau à son mari de ses bracelets et de ses colliers d'or, afin d'obtenir de lui la permission de donner au couvent une église qu'elle possédait [1].

A la mort de l'un des époux, les meubles se partageaient. Voici plusieurs faits qui nous paraissent le prouver. Raymond, abbé de Bourgueil, fit concession viagère d'une terre de l'abbaye à un homme de guerre nommé Martin. A la mort de celui-ci, la terre devait revenir au couvent avec toutes ses constructions et plantations; les meubles du concessionnaire devaient se partager ainsi, moitié pour les moines et moitié pour sa veuve [2]. Herbert et sa femme, partant pour un pèlerinage, donnèrent à l'abbaye de Saint-Serge leur maison avec certains meubles, à la condition que si l'un des époux mourait pendant le voyage, les moines prendraient sa part des biens communs [3]. Le *Cartulaire de Saint-Père de Chartres* nous fournit un exemple à peu près semblable. Deux époux donnent leurs meubles au couvent; les moines prendront la part du prémourant au décès de celui-ci, et le reste à la mort du second [4].

La femme, d'après le droit germanique, prenait le tiers des acquêts communs. Suivant le système le plus probable, cette part n'appartenait qu'à la veuve et à titre de gain de survie; ce n'était pas un droit de communauté transmissible aux héritiers

[1] « Datis viro suo pro consensu monilibus suis et armillis aureis; erat « enim ecclesia ex patrimonio suo. » (Guérard, t. I, p. 24, vers 930. *Cartulaire de Chartres.*)

[2] « Ita tamen ut de mobilibus rebus uxor ejus medietatem acciperet, « reliqua vero nostræ parti cederet. » (*Cartul. Burguliense*, p. 36, fin du onzième siècle.)

[3] « Herbertus Sumulpinus tali convenientia dimittit Sancto Sergio do- « mum suam et hortum suum et tres quarterios vineæ et duas culcitas et « tres pulvillos et duos auricularios et unum linteolum et unum villosum, « ut si mortui fuerint in itinere ullo vel in locum orationis ubi pergunt « ipse et uxor ejus, omnia supradicta ad præsens habeant monachi; *si « vero unus ipsorum, partem mortui habeant*; quod si utrique reversi fue- « rint, quandiu vixerint possidebunt omnia sua, et post mortem utriusque « omnia ex integro habebit S. Sergius. » (*S. Sergii*, f° 71.)

[4] *Cartul. S. Petri Carnot.*, p. 344-345.

de la femme prédécédée [1]. Un capitulaire de Louis le Pieux accorde à la veuve le tiers des produits de la collaboration commune, et décide qu'elle partagera avec ses enfants les autres biens du mari [2]. D'après les statuts de Burchard, du onzième siècle, et certaines chartes du douzième, les acquêts appartiennent pour le tout à l'époux survivant, mari ou femme, lorsqu'il n'y a pas d'enfants issus du mariage [3] ; mais, quand il y a des enfants, le survivant des époux n'a que la moitié des acquêts, et les enfants l'autre moitié [4].

Nos cartulaires nous éclairent très-peu sur ce sujet. Nous avons trouvé cependant quelques chartes desquelles il semble résulter que, dès le onzième ou le douzième siècle, la communauté conjugale existait en Anjou, et que son actif comprenait les acquêts, comme les meubles des époux. Dans divers actes de cette époque, il est question de biens immeubles acquis en commun par le mari et la femme, et sur lesquels les époux ont fait des constructions ou des plantations [5].

Une charte nous montre un mari qui donne en pleine propriété à sa femme un acquêt commun ; ailleurs, la femme en dispose du consentement de son mari [6].

Voici un exemple assez explicite du douzième siècle. Maurice Gaulcher avait donné à Bernard Loet et à son épouse trois mines de terre pour huit deniers de cens. Longtemps après, Bernard, partant pour Jérusalem, assura sa part à son neveu Renaud le Nantais ; mais Menode, femme de Bernard, donna la sienne à Dieu et aux moines de Sainte-Marie de Liré. Ceux-ci acquirent

[1] Marculf. lib. II, form. 17; Append., f. 40. — *Form. andegav.*, f. 58. — Nous voyons, dans une charte bretonne du neuvième siècle, un mari donner à sa femme un domaine qu'ils avaient acheté ensemble. Cette donation a sans doute pour objet, comme celle relatée dans la formule de Marculf, d'assigner un bien à la femme pour lui tenir lieu de sa part dans les acquêts communs. (*Cart. de Redon* ; D. Lobineau, *Preuves*, col. 24.)

[2] Capitul. de 821, *Ansegisii* Capit. lib. IV, c. 9; — V, 295.

[3] Charte de Laon, c, 13; — d'Amiens, c. 22; — Burchardi *Leges*, c. 1.

[4] Charte d'Amiens, c. 35.

[5] « De quodam molendino quod de proprio habere et labore edificaveramus. » (S. *Sergii*, f° 148.)— Don d'une vigne, *quod simul edificavimus*, par Geoffroy et sa femme Orsande. (*Ibid.*, f° 57.) — *Cod. dipl. S. Petri Carnot.*, p. 357, 366, 317-318, vers 1116-1129 ; — p. 407-408, en 1102 ; — p. 290, vers 1101-1129.

[6] *Original de Chemillé*, n. 18 et 32, fin du onzième siècle.

plus tard l'autre part, d'un nommé Geoffroy, qui l'avait achetée de Renaud, au moyen d'un échange[1]. Une autre charte nous montre un mari qui donne en mourant, au couvent de Saint-Pierre de Chartres, la moitié d'une terre qu'il avait acquise avec sa femme pendant la durée du mariage ; la veuve ensuite donna elle-même sa moitié au monastère[2]. Ces documents paraissent établir l'existence de la communauté des biens acquis pendant le mariage. Chaque époux a la moitié de ces acquêts, avec la faculté de la transmettre à ses héritiers ou d'en disposer librement. Ce n'est plus un simple droit de survie, une sorte d'augment de douaire, comme dans le droit mérovingien.

Dans une charte du commencement du douzième siècle, nous voyons la communauté se continuer après le décès du père ; la mère et ses fils dotent les filles tant avec des biens propres qu'avec des acquêts faits soit pendant le mariage, soit depuis ; un partage a lieu ensuite entre la mère et tous ses enfants, qui viennent prendre dans les biens communs la part de leur père[3]. Il est difficile de voir si, dans ce cas, la veuve agit comme femme commune ou comme héritière du mari. Peut-être les idées juridiques n'étaient-elles pas encore bien nettes sur ce point ; on passait alors de l'ancien système germanique à celui de la communauté par une lente transition. Des chartes du douzième siècle nous montrent encore la femme comme héritière du mari[4], tandis que, suivant les textes cités plus haut,

[1] Marchegay, *Archives d'Anjou*, t. II, p. 87, Append. ex cartis Majoris Monasterii. *Cartul.*, *Liriaci* circa 1170. — Une autre charte du temps de l'evêque Geoffroy du Maine (fin du onzième siècle) paraît faire allusion au regime de la communauté. Il s'agit d'un homme qui réclame la part de sa sœur dans une acquisition faite par le mari de celle-ci. Voici le texte : « Postea sororius Girardi de vinea ob calumpniam extyrpavit. Quo facto « placitum iniit cum domno Achardo abbate et *medietatem* dimidii arpenni « quod Girardus, soror sua (*sic*) emerat, reclamavit. » Il faut remarquer, toutefois, que le mot *sororius* a un double sens ; il sert à désigner soit le frère de l'epouse, soit le mari de la sœur, ce qui rend le sens de cette charte équivoque. (*S. Sergii*, f° 76.)

[2] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 370.

[3] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 407, en 1102.

[4] « Interdico autem auctoritate qua possum ne aliquis ex successoribus « meis, videlicet uxor, filius aut filia, frater, cognatus, vim aliquam in « sempiternum monachis vel ecclesiæ Burguliensi inferre pertemptet. » (*Cartul. Burguliense*, p. 43, sous l'abbé Ithier, mort en 1147. Don fait par un nommé Absalon.)

elle partage comme associée. Elle devait avoir, d'après certaines chartes, la moitié de la moisson, lorsqu'elle survivait au mari. Nous avons trouvé une condition semblable dans une concession viagère de terre faite par les religieuses du Ronceray à un nommé Thibaut [1].

On trouve dans le Cartulaire de Chartres plusieurs documents qui donnent à l'époux survivant, au décès de son conjoint, la moitié des biens dont ils avaient joui ensemble. Le pécule des serfs appartenait pour moitié à chacun des époux, et en cas de mariage mixte, il se partageait entre le seigneur et l'époux libre. Ermangarde, femme libre, avait épousé Barthélemi, homme du couvent; à la mort de celui-ci, les moines donnèrent la liberté à sa veuve et lui rendirent la moitié de tout ce qu'elle avait possédé en commun avec son mari; une fille née de ce mariage et qui resta serve du couvent eut l'autre moitié de ces biens [2]. Une autre femme libre, mariée aussi à un homme du couvent, proposa, pour racheter sa liberté, d'abandonner aux moines la part qui lui revenait des biens de son mari. On lui laissa la moitié de cette part en pleine propriété à la charge de payer les dettes communes; l'autre moitié fut attribuée aux enfants nés du mariage et restés hommes du couvent [3]. Voici un autre exemple : un homme libre avait épousé une serve du couvent; sa femme morte, il laisse au monastère la part de celle-ci et se remarie, en gardant l'autre moitié de ses biens. Les moines le réclament comme serf, mais il rachète la liberté pour lui et pour sa postérité en laissant aux moines la part qu'il avait gardée après la mort de sa première épouse [4].

D'après une autre charte, un donateur du couvent de Saint-Pierre réserve la part de sa femme et de ses enfants. Dans ce dernier acte il s'agit probablement d'un droit de douaire ou de succession appartenant au survivant des époux. La charte s'applique en effet à un habitant de Coutances, en Normandie, pays

[1] « Post mortem suam (Tetbaudi) remaneat illa S. Mariæ *cum sua parte* « messis... nec aliquis heres suus clamet partem in eis rebus, excepta « uxore sua, quæ habebit partem messis *sibi pertinentem,* si post Tebaldum « vixerit. » (*Cartul. du Ronceray*, cap. VIII, VIII *bis*.)

[2] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 296, ann. 1101–1129.

[3] *Ibid.*, p. 346–347, ann. 1101-1129.

[4] *Ibid.*, p. 423, en 1108.

où le régime de la communauté n'a jamais été admis [1]. La coutume de Normandie conserva l'ancien système, tandis que le nouveau se développait peu à peu dans les autres provinces françaises.

Outre sa part dans les acquêts communs, la femme possédait quelquefois des acquêts qui lui appartenaient en propre. D'après la charte de fondation de l'abbaye de Sainte-Marie d'Angers (le Ronceray), le comte Foulques Nerra et sa femme Hildegarde donnèrent l'un après l'autre divers biens au couvent. L'acte mentionne notamment des terres que la comtesse avait acquises de plusieurs personnes [2].

§ 3. — Du *dotalicium* et du douaire.

A l'époque gallo-franque, le mari faisait, au moment des fiançailles et en vue du mariage, un don à sa future épouse. Ce don nuptial, qui portait le nom de *dos* ou *dotalicium*, avait remplacé le *sponsalicium* du droit romain et s'était confondu avec le *morgengab* germanique [3]. Certains documents donnent au douaire le nom d'*oscle* (*osculum*), parce que primitivement il se constituait au moment du baiser des fiançailles [4]. Vers la fin du treizième siècle, l'influence du droit écrit fit donner au douaire, dans le style des actes, le nom de *donatio propter nuptias*, tandis qu'on rendait celui de *dos* à l'apport matrimonial de la femme [5]. Mais cette application peu exacte de mots étrangers à nos institutions ne

[1] *Cartul. S. Petri Carnot.*, p. 599.

[2] « Ego vero Hildegardis Andegavorum comitissa dedi Deo et ecclesiæ « B. Mariæ quasdam parvitatis meæ possessiunculas quas variis emptioni- « bus a diversis venditoribus comparaveram in usus ancillarum Dei pro « peccatis meis redimendis et pro anima carissimi mariti mei Fulconis « comitis. » (*Cart. du Ronceray*, cap. II, en 1028.)

[3] « De civitatibus... tam in dote quam in morgengeva, id est matutinali « dono, » (Greg. Tur., l. IX, c. XX.) — « Secundum legem Salicam et se- « cundum consuetudinem qua viri proprias uxores dotant. » (Charte de 981, *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 87.)

[4] « Et salvo uxori dicti Raginaldi datione oscli dotis eidem uxori as- « signatæ. » (Charte d'Epinats, de 1288.) — *Cartulaire de Beaulieu*, n. 98, 1032-1060. — *Formule de Bourges*, Giraud, t. II, p. 460.

[5] « Nec ratione dotis, nec donatione propter nuptias. » (Charte d'Epinats, de 1264.)

changea rien au caractère du douaire ni au régime de la communauté conjugale.

Pendant la durée du mariage, la femme ne pouvait disposer du *dotalicium* sans le consentement de son mari, ni le mari sans celui de sa femme. Nous les voyons en effet agir toujours conjointement et se faire assister de leurs enfants, héritiers présomptifs [1]. Lorsque le mari avait disposé du bien assigné au douaire sans l'aveu de sa femme, celle-ci pouvait attaquer la donation même du vivant de son conjoint [2]. On voit, toutefois, dans certaines chartes le mari disposer du *dotalicium* pour le temps où sa femme ne sera plus [3].

La femme survivante prenait, au décès du mari, la jouissance de son *dotalicium*. S'il y avait des enfants issus du mariage, ce bien était en quelque sorte grevé de substitution à leur profit ; ils étaient copropriétaires du douaire de leur mère, qui ne pouvait pas en disposer sans leur consentement [4]. Dans certaines chartes, on voit le fils, héritier présomptif de sa mère, disposer, pour le temps où elle ne sera plus, du douaire de celle-ci [5], et quelquefois même de son vivant, mais avec son aveu [6]. S'il n'y avait pas d'enfants issus du mariage, la femme avait la pleine

[1] Don fait à S. Florent par Achard, habitant de Thouars, sa femme Berthe et son fils Durand : « Eo quod dotalicii ejus erant predictæ vineæ cum « domo. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 106, onzième siècle.) — « Venit ipse et « uxor ejus Dionisia cui eamdem terram dederat in dotem, dederuntque « eam Deo et S. Martino. » (*S. Sergii Cod. sec.*, n. 4.) — « Uxor ex cujus « dotalicio supra memorata terra fuerat pro venditionis auctoratu auri « unciam accepit. » (Don fait par Hubert en 1058. *S. Trin. Vind.*, f° 57.) — « Accepto igitur dono, eos reddidit, uxore ejus favente in cujus fuerant « conscripti dote. » (*Cartul. Majoris Monasterii*, Galland, p. 24.)

[2] La femme d'Ascelin réclame un bien donné à S. Serge par son mari *eo quod dotalicium ipsius esset.* Les moines transigèrent avec elle. (*S. Sergii*, f° 178.)

[3] *S. Petri Carnot.*, p. 300, ann. 1101-1129.

[4] « Terram illam per dotem suam tenuit (Agnes) cum Verrio filio suo, « et mortuo Verrio, cum Aymerico. » (*S. Sergii Cod. sec.*, n. 57. — *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 87-88, en 981. — Voir aussi Sirmond, form. 14. — *Form. Andegav.*, f 1°, § 3.)

[5] Donation par Geoffroi de Jarzé d'une église formant le douaire de sa mère, *quam jure dotalicio possidet.* (*S. Sergii*, f° 193.)

[6] « Annuente matre mea Adenoride, de cujus dotalicio esse videtur, et « sorore Matilde, quibus ut annuant pertinet. » (*S. Trin. Vind.*, f° 139, sous la comtesse Agnès.)

propriété de son don nuptial et pouvait en disposer à son gré, conformément au droit romain, dont le système se retrouve dans les *Formules Angevines* [1]. Dans les chartes des dixième et onzième siècles nous voyons encore la veuve disposer de son *dotalicium*, comme d'un bien lui appartenant en propre [2]. Mais ces documents ne nous apprennent pas à qui appartenait le don nuptial lorsque la femme mourait *intestat* et sans enfants. Il est probable toutefois que les héritiers du mari le reprenaient alors. Le droit romain leur donnait dans ce cas le *sponsalicium* [3] et cette disposition était passée dans les coutumes franques relatives au douaire [4]. L'ancien *morgengab* germanique passait, au contraire, aux héritiers de la veuve lorsqu'elle n'en avait pas disposé, et non aux héritiers du mari [5].

Le douaire était un droit de veuve qui n'appartenait qu'à la femme survivante ; en cas de prédécès de l'épouse, il restait au

[1] *Formulæ Andeg.*, 53. — Marculf, l. II, f. 15, 16, *App.*, form. 37.

[2] « Ego Ermintrudis... in hereditatem quæ michi a seniore meo Mene-« gaudo relicta esse dinoscitur, et in dotalicium tradita, quamque per « divinam gratiam hactenus jure hereditario possideo, sanctum ac beatissi-« mum Christi confessorem Florentium, ut ipse michi pius advocatus et « perpetuus intercessor pro peccatis meis ad Dominum fieri dignetur, « ipsiusque loci rectores post obitum meum hæredes relinquo. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 16, ann. 977.)

« ... Ego Ermintrudis notum volo esse omnibus fidelibus sanctæ Dei « ecclesiæ quia alodum meum mihi a seniore meo Menegaudo in dotali-« cium concessum fratri meo Hugoni cum Sancto Florentio partiendum « post mortem meam relinquo, eo tenore ut vel ipsi S. Florentio vel cui-« cumque voluerit pro anima sua relinquat. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 17, oct. 977.)

« ... Cum consensu et voluntate senioris mei Gelduini... in hereditatem « senioris mei Berengerii quam michi in dotalicium ipse donavit pro anima « ipsius Berengerii et mea. » (*Cod. nig. S. Flor.*, n. 15, ann. 979. Don fait par Giberge, femme de Gelduin.— Voir aussi *Cart. du Ronceray*, cap. LV.) — « Quia Burgundia concedebat S. Mariæ dotem suam (potius) « quam monachis (S. Nicolai). » (*Cart. du Ronceray*, cap. LV.)

[3] *Lex Wisigothorum*, lib. III, t. I, c. 5. — Cod. Theod. lib. III, tit. VIII, c. 1, 2.

[4] « Et si illi non sunt (infantes), ad meos proximos heredes ipse dotis « quam tibi dedi revertunt secundum legem. » (*Formules de S. Gall*, publiées par M. de Rozière, f. 7, 8.)

[5] « Ecce quod conjugi meæ in *morgincap* dedi et ab hodierno die firmum « et stabile tibi Miczæ, vel tuis heredibus permaneat. » (Charte de 1044, Galland, p. 323.)

mari. De là est venue la maxime coutumière : *Jamais mari ne paya douaire.* Une charte de Saint-Florent du onzième siècle nous fournit un exemple de ce principe : un serf avait donné à son épouse, serve aussi, un moulin qu'il tenait du couvent ; à la mort de celle-ci, il reprit le douaire de sa femme et se remaria, puis il vendit ce même immeuble à son fils du premier lit, moine de Saint-Florent [1]. Ceci prouve que le fils de la femme prédécédée n'avait point hérité du douaire de sa mère, mais que le père en avait gardé la propriété. On voit aussi le fils disposer, avec le consentement de son père, du douaire de sa mère prédécédée [2].

Le *dotalicium*, comme le *maritagium*, pouvait comprendre toute espèce de biens. Geoffroi Martel avait donné en douaire à son épouse Adèle le château de Saumur et toutes ses dépendances [3]. On voit à chaque instant, dans les chartes, des seigneuries, des droits fiscaux, des alleux, des fiefs, des censives, des dîmes donnés en *dotalicium* [4]. La charte précédente prouve que les serfs donnaient aussi en douaire à leurs épouses leurs manses héréditaires.

Le droit canonique sanctionna la coutume de donner à la femme une dot ou douaire, et exigea même cette constitution

[1] *Cod. nig.*, n. 222, sous l'abbé Frédéric, onzième siècle.

[2] « Sicut tenebat eam relictam sibi a matre cujus dos fuerat. Quod ut « pater suus concederet dedit xv solidos et concessit. » (*Cartæ de Liriaco*, 1070–1080. Marchegay, t. II, p. 17.)

[3] « De reliquis vero terris S. Florentii quæ sunt circa Salmurum, quod « quidem castrum predictus avunculus meus Gosfridus suæ uxori Adelæ « dederat. » (*Cod. nig.*, n. 193, sous l'abbé Frédéric.)

[4] La viguerie des Ponts-de-Cé faisait partie du douaire de la comtesse Aremburge. « Concessit Aremburgis comitissa uxor mea ex cujus dote « erat. » (Don de la viguerie des Ponts-de-Cé par le comte Foulques. *Cartul. Fontis Ebraudi*, Marchegay, t. II, p. 11.) — « Quæ videlicet Nivia « habebat in dotalicium suum medietatem medietatis ad eumdem Gaufre- « dum pertinentis, id est quartam partem totius insimul passagii. » (*Cartæ de Relliaco*, ann. 1107, Marchegay, t. II, p. 42.) — « Ego Tescha, uxor « Sulpicii de Contrinis militis, meam dominicam terram quam ex dono « mei supradicti senioris nomine doti in pago Vindocinensi... jure perpe- « tuo confirmantibus capitalibus dominis, annuenteque proprio filio, etc. » (*S. Trin. Vind.*, f° 99, sous Geoffroi et Agnès.) — Au chapitre de la propriété, nous citons de nombreuses chartes qui mentionnent des alleux, des fiefs, des censives, des dîmes, des églises ou d'autres biens donnés en douaire.

pour la validité du mariage [1]. L'usage finit par établir avec le temps, que toute veuve aurait de plein droit et sans convention spéciale la jouissance d'une partie des biens de son mari, au décès de celui-ci. Presque toutes les coutumes admirent le douaire coutumier ou légal, tout en conservant le *dotalicium* fixé par le mari lui-même sous le nom de *douaire conventionnel* ou *préfix*. Le *Cartulaire de Saint-Serge* renferme une constitution de douaire de la fin du quatorzième siècle [2].

La coutume d'Anjou fixa au tiers des biens du mari la quotité du douaire légal, ce qui était conforme à l'ancien droit salique [3]. Mais dans certaines chartes on voit le mari faire à sa femme des donations plus considérables. Une constitution de douaire du onzième siècle, dont les termes rappellent les anciennes formules des chartes dotales (*libellum dotis*) usitées à l'époque gallo-franque, énumère plusieurs propriétés dont le mari donne la moitié à sa femme [4]. La charte ne nous apprend pas toutefois si les biens en question formaient toute la fortune du mari.

A la fin du treizième siècle, la coutume commençait à se fixer. Nous voyons Maurice, seigneur de Craon et de Sablé, sénéchal d'Anjou, du Maine et de Touraine, donner en douaire à sa future femme, Mahaut, le château de Sablé et ses dépendances, formant environ le tiers des domaines du donateur [5].

Le douaire, en devenant coutumier, cessa d'être, comme dans l'origine, un droit de propriété et ne fut plus pour la veuve qu'un simple usufruit. C'est avec ce nouveau caractère qu'on le trouve dans les plus anciennes coutumes de l'époque féodale.

Le don mutuel entre époux est consacré par les formules de Marculf, dans le cas où il n'y a pas d'enfants; celles d'Anjou

[1] « Nullum sine dote fiat conjugium. » (Concile d'Arles, en 524.)

[2] « Alodum juris mei quam senior meus Fromundus mihi in dotalicium « misit.» (*S. Sergii*, f° 9, en 1394.)

[3] Cout. d'Anjou, art. 299.—*Form. Langobardicæ*, f° 8.—La loi Ripuaire fixait à 50 sous le douaire de la veuve, lorsque le mari n'avait rien stipulé.

[4] De dotalicio uxoris Adam. « Igitur ego in Dei nomine Adam, dilec- « tissima sponsa mea Hildegardis, dono tibi donatumquæ de res meas seu « de beneficiis meis quæ sita sunt in pago Andegavis in villa que dicitur « Chelzei et alia villa quæ vocatur Naudulia, de ecclesia, de vineis, de « pratis, de censum, de frixingas, de obligas et de omnibus reddituris « tibi medietatem dabo... » Il lui donne aussi la moitié d'un moulin (*medietatem molini*), et de plusieurs autres biens. (*S. Trin. Vind.*, f° 65.)

[5] Charte du 18 juin 1277, Marchegay, t. II, p. 222.

admettent la donation en pleine propriété faite par l'un des époux à son conjoint [1]. Nous avons trouvé aussi dans les cartulaires quelques donations entre époux, faites soit pendant la durée du mariage, soit au moment du décès. En 989, le duc Guillaume d'Aquitaine fit un don à sa femme, Emma, et lui accorda la faculté d'en disposer dès le jour même de l'acte et de la manière la plus absolue [2]. Dans une charte du *Cartulaire de Beaulieu*, on voit un mari mourant sans enfants donner à sa femme l'usufruit d'un manse qu'il avait recueilli dans la succession de son père ou de son aïeul. Cette donation fut faite du consentement d'un oncle, héritier présomptif du donateur [3]. D'après d'autres chartes, un mari donne à sa femme l'usufruit d'un bien qui, à la mort de celle-ci, passera au couvent [4]; une femme donne en usufruit sa part d'un alleu à son mari [5]. Ailleurs, un mari veuf dispose au profit d'un couvent d'un bien qu'il tenait de la succession de sa femme [6]. Le texte ne nous dit pas si le mari possédait ce bien comme donataire de sa femme ou comme héritier, en vertu de la possession *unde vir et uxor*, conformément au droit romain, qui appelait l'époux à succéder à son conjoint à défaut d'héritiers.

G. D'ESPINAY,

Juge au tribunal civil de Saumur, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

[1] Marculf., lib. I, f. 12; lib. II, f. 7, 8, 17. — *Formularius epistolarum*, f. 15, publié par M. E. de Rozière. Bibliothèque de l'École des chartes. — *Form. Andegav.*, f. 34, § 2.

[2] « Tibi trado perpetualiter ad habendum, conjux mea dilectissima, vel « ad possidendum, et ut ex eis facias ab hodierna die quidquid volueris, « vel voluntas tua fuerit quibuscumque Sanctis dare pro remedio animæ « vel cujuscumque homini tribuere.» (*Cartul. Burguliense*, p. 25. — Autre donation semblable, p. 41.)

[3] *Cartul. de Beaulieu*, n. 77, ann. 997-1031.

[4] *Ibid.*, n. 188, onzième siècle.

[5] « ... Tali pacto ut quandiu viveret vir ejus haberet illum totum, post « obitum vero viri sui remaneret totus Sancto Petro. » (*Original de Chemillé*, n. 11, fin du onzième siècle.)

[6] « Ex hereditate Richilde, conjugis meæ.» (Cart. de Beaulieu, n. 174, en 937.)

RECHERCHES HISTORIQUES

SUR LA THÉORIE DU RAPPORT.

(Suite et fin [1].)

CHAPITRE TROISIÈME.

DROIT POSTÉRIEUR A 1789.

Dans nos deux précédentes études, nous avons vu que la théorie du rapport était intimement liée à l'organisation de la famille et aux règles des successions testamentaire et *ab intestat*. L'examen de notre droit moderne fortifiera encore la preuve de ce que nous répétons : l'esprit qui dicte les lois sociales sur l'organisation de la famille, la puissance paternelle, les successions, les testaments se fait sentir dans la matière des rapports, et une fois le principe posé, il n'y a plus qu'à déduire la conséquence.

PREMIÈRE SECTION. — Lois antérieures au Code Napoléon.

Assemblée constituante. — *A*. Comme loi ayant directement trait à la puissance paternelle, nous signalerons celle des 16-24 août 1790. Dans les articles 15, 16 et 17 du titre X, elle enlevait au père de famille le droit de correction, en le transportant à un tribunal de famille qui pouvait admettre ou rejeter la plainte du père. La décision de ce tribunal ne pouvait être exécutée qu'en vertu de l'ordonnance du juge rendue en connaissance de cause.

« Cet ordre de choses, disait M. Réal au Corps législatif [2], était inconvenant, inefficace. Il créait un procès entre le père et le fils, procès que le père ne pouvait perdre sans compromettre son autorité. Il n'établissait aucune nuance relativement à l'âge et à la situation de l'enfant. »

[1] Voir *Revue historique de droit français et étranger*, année 1859, p. 449, et année 1860, p. 528.

[2] *Exposé des motifs du titre De la puissance paternelle, au Code Napoléon*, édition Didot, p. 237. On lit : *Loi du 24 août 1792* ; c'est 1790 qu'il faut lire.

C'était déjà un premier pas dans la voie de destruction de l'autorité paternelle que devaient suivre les lois de la révolution.

B. Parmi les idées qui amenèrent la révolution de 1789, la principale fut sans contredit celle de l'égalité civile. Elle a survécu à tous les changements de gouvernement, et malgré l'assertion d'écrivains de très-mauvaise foi, nul ne songe aujourd'hui à revenir à un autre principe.

Les lois sur les successions ont dû naturellement s'en ressentir, et c'est même dans cette matière que l'égalité civile reçoit son application la plus importante.

Le droit ancien avait consacré des priviléges fondés sur l'âge et le sexe, les droits d'aînesse et de masculinité, des distinctions entre les terres nobles et les terres roturières.

Ces préférences, ces distinctions ne pouvaient plus survivre à l'abolition du régime féodal.

Le 15 mars 1790, dans son décret relatif aux droits féodaux, l'Assemblée constituante (tit. I^er^, art. 11,) sous la rubrique *Des effets généraux de la destruction du régime féodal*, s'exprime ainsi: « Tous priviléges, toute féodalité et nobilité de biens étant détruits, les droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes, sont abolis. En conséquence, toutes les successions, tant directes que collatérales, tant mobilières qu'immobilières, qui écherront à compter du jour de la publication du présent, seront, sans égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes, partagées entre les héritiers, suivant les lois, statuts et coutumes qui règlent les partages entre tous citoyens ; toutes lois et coutumes à ce contraires sont abrogées et détruites. »

La portée de ce décret fut parfaitement indiquée par Merlin dans un rapport présenté à l'assemblée le 21 novembre, au nom des Comités de constitution et d'aliénation des biens nationaux[1].

« L'égalité, disait-il, dans les partages *ab intestat* est déjà établie par l'article 11 du titre 1^er^ de votre décret du 15 mars 1790, mais elle ne l'est généralement que pour les ci-devant fiefs, et à l'égard des autres biens, soit meubles, soit immeubles,

[1] *Moniteur* du 23 novembre 1790.

elle est limitée aux successions, qui, autrefois se partageaient noblement, à raison de la qualité des personnes. Uniquement occupés alors de l'abolition du régime féodal, vous n'avez porté par cet article aucune atteinte aux coutumes qui, sans distinguer les nobles d'avec les roturiers, accordent des préciputs ou des droits exclusifs, soit aux aînés sur les puinés, soit aux mâles sur les filles, non dans les fiefs, non dans les alleux ci-devant décorés de justice, et qu'on appelait alors par cette raison alleux nobles, mais dans les meubles, dans les alleux sans justice, en un mot dans les biens dégagés de toute féodalité ou nobilité. »

Merlin proposait donc à l'assemblée de décréter l'égalité absolue dans les partages *ab intestat*, l'identité parfaite de tous les biens sans distinction de meubles et d'immeubles, de propres et d'acquêts, et, par conséquent l'abolition de la règle : *Paterna paternis, materna maternis*, et enfin la représentation à l'infini en ligne directe, et jusqu'aux neveux inclusivement en ligne collatérale.

C'était, comme on le voit, le système successoral inauguré dans la Novelle 118.

Toutes les idées de Merlin ne furent pas admises par l'Assemblée constituante, mais le décret des 8-15 avril 1791 porte (art. 1er) : « Toute inégalité ci-devant résultant entre héritiers *ab intestat* des qualités d'aîné ou de puîné, de la distinction des sexes, ou de l'exclusion coutumière, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie. Tous les héritiers en égal degré succéderont, par portions égales, aux biens qui leur sont déférés par la loi : le partage se fera de même par portions égales, dans chaque souche, dans le cas où la représentation est admise.

« En conséquence, les dispositions des coutumes ou statuts, qui excluaient les filles ou leurs descendants du droit de succéder avec les mâles ou les descendants des mâles, sont abrogées.

« Sont pareillement abrogées les dispositions des coutumes qui, dans le partage des biens tant meubles qu'immeubles d'un même père ou d'une même mère, d'un même aïeul ou d'une même aïeule, établissent des différences entre les enfants de divers mariages. »

L'article 2 admettait la représentation en ligne directe descendante à l'infini.

Ce décret eut donc pour effet d'abolir les droits et priviléges de masculinité, de primogéniture et de double lien, mais, comme l'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 16 brumaire an VII [1], il n'abrogea pas la règle : *Paterna paternis, materna maternis*, il n'eut pas pour objet de déterminer quelles seraient, à l'avenir, les personnes appelées à recueillir une succession, et il ne changea rien à l'ordre des successions, d'après la vocation ancienne; d'un autre côté, la représentation en ligne collatérale ne fut pas admise.

M. Mignet n'a donc pas toute l'exactitude désirable dans le passage suivant [2] : « Rapporteur de la loi sur les successions *ab intestat*, il (Merlin) lui donna pour base l'équité naturelle et l'affection présumée. Il fit abolir le droit d'aînesse et de masculinité pour consacrer le partage égal entre les héritiers du même degré; admettre la représentation à l'infini en ligne directe et jusqu'aux neveux en ligne collatérale; établir l'identité de tous les biens, meubles ou immeubles, transmis ou acquis, quant à leur distribution; supprimer la règle qui, dans plusieurs provinces, prescrivait, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants, le retour des biens paternels et des biens maternels aux diverses lignes d'où provenaient ces biens, et privait souvent d'une partie considérable de la succession l'héritier le plus proche, pour la transporter, au mépris de la justice et dans l'intérêt purement abstrait des familles, sur la tête d'un héritier éloigné. »

Le vœu de Merlin ne fut pas entièrement converti en loi par l'Assemblée constituante.

C. La législation sur les rapports n'avait reçu aucune atteinte.

Dans les pays de droit écrit, le père pouvait disposer entre vifs, par préciput et hors part, au profit de l'un de ses enfants, de la quotité disponible, et s'il instituait légataire un de ses enfants, ce dernier prélevait la chose léguée, la légitime étant toujours respectée.

Si le défunt ne laissait pas de légitimaires, il pouvait disposer de la totalité de sa fortune au profit d'un étranger ou d'un de ses héritiers collatéraux.

[1] Villeneuve, collection nouvelle (1-124).

[2] Eloge de Merlin, lu à l'Académie des sciences morales et politiques.

Dans ces pays, la puissance paternelle et le droit de propriété étaient suffisamment protégés. Le testament occupait même la première place.

Dans les pays de coutume, la capacité de tester était limitée quant aux propres; il y avait même des coutumes d'*égalité parfaite*, qui obligeaient l'enfant donataire et renonçant à rapporter, et, de droit commun, le père ne pouvait avantager l'un de ses enfants au détriment des autres, alors qu'il venait à la succession.

Dans quelques coutumes seulement, le père pouvait avantager l'enfant par donation entre vifs, car, pour les testaments, on reconnaissait généralement l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire.

Enfin, dans la ligne collatérale, le rapport des donations entre vifs était tantôt admis, tantôt rejeté.

Dans les pays de coutume, la puissance paternelle était singulièrement limitée [1] et le propriétaire n'avait qu'une faculté restreinte de tester.

Cette législation, outre sa grande variété, avait de graves inconvénients que nous avons déjà signalés.

Quoi qu'il en soit, l'Assemblée constituante et Merlin lui-même s'en tinrent aux idées simples du droit romain et de la Novelle 118.

Toutefois, les principes les plus radicaux dans cette matière si délicate avaient trouvé des défenseurs dans le sein de l'assemblée.

Une discussion intéressante sur la loi des successions s'y était élevée, et, à la séance du 2 avril 1791, au moment où Mirabeau venait d'expirer, l'assemblée décida que l'évêque d'Autun serait invité à lire le discours que le grand orateur avait préparé sur les successions.

Une analyse exacte de ce discours offrira un véritable intérêt [2].

Mirabeau s'écriait: « Ce ne sont pas seulement nos lois, ce sont nos esprits et nos habitudes qui sont entachés des principes et des vices de la féodalité, vous devez donc porter aussi vos regards sur les dispositions purement volontaires qui en sont l'effet; vous devez juger si ces institutions d'héritier privilégié, de

[1] Voir M. Demolombe, *Puissance paternelle*.

[2] Voir *Moniteur* du 5 avril 1791.

préciput, de majorat, substitution, fidéicommis, doivent être permises par les lois qui régleront désormais nos successions. »

Puis il pose la question fondamentale : « La loi doit-elle admettre chez nous la libre disposition des biens en ligne directe, c'est-à dire un père, une mère, un aïeul ou une aïeule, doivent-ils avoir le droit de disposer à leur gré de leur fortune par contrat ou testament, et d'établir ainsi l'inégalité dans la possession des biens domestiques? »

Poser cette question comme pouvant être l'objet d'une discussion, c'était par là même refuser au droit de propriété l'une de ses conséquences les plus essentielles, c'était en outre enlever toute sanction à l'autorité paternelle.

Mirabeau le sentit bien. En adepte des doctrines de Jean-Jacques Rousseau qui avaient exercé leurs ravages sur les esprits les plus éminents de l'Assemblée constituante, il attaqua le premier point, en paraphrasant les idées du maître.

« Si le droit dont jouissent les citoyens de disposer de leurs propriétés pour le temps où ils ne seront plus pouvait être regardé comme un droit primitif de l'homme, comme une prérogative qui lui appartient par les lois immuables de la nature, il n'est aucune loi positive qui pût les en priver légitimement. La société n'est pas établie pour anéantir nos droits naturels, mais pour en régler l'usage, pour en assurer l'exercice. Cette question sur la faculté de disposer arbitrairement de ses biens par testament, n'en serait donc pas une; ce n'en serait pas une, surtout dans une constitution comme la nôtre, dont le premier caractère est le respect pour les droits de l'homme.

« Il faut donc voir ce que la raison prononce à cet égard, il faut voir si la propriété existe par les lois de la nature, ou si elle est un bienfait de la société; il faut voir ensuite si, dans ce dernier cas, le droit de disposer de cette propriété par voie de testament en est une conséquence nécessaire. »

Après avoir développé les idées du *Contrat social*, il conclut ainsi : « Nous pouvons donc regarder le droit de propriété, tel que nous l'exerçons, comme une création sociale. Les lois ne protégent pas, ne mentionnent pas seulement la propriété, elles la font naître en quelque sorte, elles la déterminent, elles lui donnent le rang et l'étendue qu'elle occupe dans le droit du citoyen. »

Après cette exposition de principes, il s'agissait seulement de savoir si l'*utilité* exige que le propriétaire puisse faire son testament.

Mirabeau continue : « Il me semble, messieurs, qu'il n'y a pas moins de différence entre le droit qu'a tout homme de disposer à son gré de tout ce qu'il possède de son vivant et celui d'en disposer après sa mort, qu'il n'y a entre la vie et la mort même. Cet abîme ouvert par la nature sous les pas de l'homme engloutit également ses droits avec lui, de manière qu'à cet égard être mort ou n'avoir jamais vécu, c'est la même chose. Quand la mort vient à nous frapper de destruction, comment les rapports attachés à notre existence pourraient-ils encore nous survivre? Le supposer, c'est une illusion véritable, c'est transmettre au néant les qualités de l'être réel. »

Après l'exposition de ces doctrines matérialistes [1], le tribun ajoute: « Je pense que dans la question dont il s'agit, les droits de l'homme, en fait de propriété, ne peuvent s'étendre au delà du terme de son existence. »

Vient ensuite la seconde question : « il ne s'agit donc plus que de savoir si ce que le législateur *peut*, il *doit* le faire; s'il doit refuser au citoyen qui a des enfants la faculté de choisir entre eux des héritiers privilégiés. »

Mirabeau commence par faire une sortie contre les lois romaines qui le permettaient, puis, après avoir invoqué la nature qui consacre l'égalité entre les enfants, maudit les lois féodales, critiqué leur influence sur les mœurs et les habitudes, il conclut : « Ce serait donc une résolution juste en elle-même, conforme à la nature des choses, et salutaire dans ses effets; ce serait une résolution également sollicitée et par l'intérêt social et par l'intérêt domestique, que celle qui supprimerait dans les familles toute disposition testamentaire dont l'objet serait d'y créer une trop grande inégalité dans les partages. »

La Grèce est invoquée à l'appui de cette solution, ainsi que la folie, l'orgueil, la vengeance des pères : « La loi casse les testaments appelés *ab irato*, mais tous ces testaments qu'on pourrait appeler *a decepto, a moroso, ab imbecilli, a delirante, a superbo*, la loi ne les casse pas et ne peut les casser. »

[1] Voir *contra* Cicéron, *Tusculanes*, I, 14.

Le tribun flagelle avec fougue et ressentiment cette puissance paternelle dont il avait eu à se plaindre et qui, à l'entendre, est seule coupable.

Mais il sent bien qu'il faut prendre corps à corps l'objection capitale : « Mais! quoi un fils sage et respectueux ne pourra-t-il pas être distingué, par le testament de son père, d'un fils rebelle et sans conduite ? Quoi ! ce qu'un enfant aura dissipé en folles dépenses, son père ne pourra pas en indemniser ses autres enfants, et rétablir ainsi l'équilibre ? »

La réponse est curieuse : « Messieurs, ne faisons pas ce sophisme trop commun, de supposer dans un renouvellement de choses tous les vices naissant de l'ancien régime, et de croire nécessaires, dans l'état de force et de santé, les mêmes mesures, les mêmes préservatifs que dans l'état de faiblesse et de maladie. En créant de meilleures lois, en instituant une éducation vraiment nationale, en rappelant partout l'égalité, en rendant l'estime publique nécessaire, que ne faisons-nous pas pour les bonnes mœurs, et pour en inspirer le goût au jeune âge ? »

Ainsi Mirabeau, qui avait contribué à rompre tous les liens de l'autorité, en concluait que les pères n'auraient plus à se plaindre de leurs enfants. Etrange illusion, s'il y avait illusion !

Enfin l'orateur termine ainsi : « Je demande : 1° que l'ordre et le partage des successions en ligne directe ascendante et descendante soient fixés par la loi; qu'il soit assuré aux héritiers dans cette ligne les neuf dixièmes de la masse des biens de celui auquel ils succéderont, et en conséquence que l'usage des donations entre vifs, institutions contractuelles, dispositions testamentaires sans charge de rapport, et généralement toute autre disposition tendant à déranger l'ordre des successions et à rompre l'égalité dans les partages, soient prohibés aux ascendants envers leurs descendants, et respectivement, jusqu'à concurrence de la dixième partie de ladite masse, sauf la libre disposition de la dixième partie en faveur des personnes étrangères à la ligne. »

Le *Moniteur* ajoute que ce discours, écouté dans un silence religieux, fut plusieurs fois interrompu par des applaudissements qui se sont renouvelés à la fin de la lecture.

« Ce fut, dit M. Laferrière, la dernière pensée révolutionnaire de Mirabeau; il mourut, cet aîné de famille noble que l'autorité

féodale avait repoussé de son sein, il mourut en léguant à la tribune et à la postérité son discours sur l'égalité des partages dans les familles. Rien de plus solennel que la lecture de ce discours au milieu de l'Assemblée nationale, dans le silence de l'affliction, une heure après la mort de Mirabeau, et du haut de cette même tribune veuve à jamais de son éloquente parole. »

Suivant nous, il faut dire sans hésiter que ce discours, parfois déclamatoire, pose des principes presque entièrement faux.

Dans cette discussion, Mirabeau eut pour appui Pétion et Robespierre.

« Voyez ce qui se passe, disait ce dernier [1], dans les pays de droit écrit : la loi de l'égalité des successions y règne; mais une autre loi permet à l'homme d'éluder par un testament les dispositions de la loi, et la loi est nulle et sans effet, et quel est le motif de cette faculté ? *L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée lorsqu'il est réduit en poussière ?* Non; la propriété de l'homme après sa mort doit retourner au domaine public de la société, ce n'est que pour l'intérêt public qu'elle transmet ces biens à la postérité du premier propriétaire : or, l'intérêt public est celui de l'égalité.... Mais, dit-on, l'autorité paternelle sera anéantie; non, qu'on ne se persuade pas que la piété filiale puisse reposer sur d'autres bases que la nature, sur les soins, la tendresse, les mœurs et la vertu des pères. »

Il termine ainsi: « Je conclus de tout ce que je viens de dire que l'égalité des successions ne peut être dérangée par les dispositions de l'homme, mais je n'en conclus pas que la faculté de tester doive être entièrement anéantie. Je crois que le citoyen peut être le maître de disposer d'une partie de sa fortune, pourvu qu'il ne dérange pas ce principe d'égalité envers les héritiers. Mon avis est donc qu'on ne puisse favoriser aucun de ses héritiers au préjudice de l'autre, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, sauf les cas qui seront déterminés par la loi. »

Tronchet, alors président de l'assemblée, fut invité à se faire remplacer au fauteuil et à donner lecture du travail qu'il avait préparé sur ces importantes questions. Tronchet était imbu des principes du *Contrat social*, son discours en fait foi.

[1] Séance du 5 avril 1791, *Moniteur* du 7.

« C'est donc, dit-il, l'établissement de la société, ce sont les lois conventionnelles qui sont la véritable source du droit de propriété et de transmissibilité... La première convention sociale a donc été le droit de propriété... La seconde convention sociale est celle qui accorde aux sociétaires le droit de transmettre [1]. »

L'orateur jurisconsulte de l'école coutumière met en parallèle les principes du droit écrit où la volonté de l'homme l'emportait sur la loi et ceux des pays coutumiers où les héritiers appelés par la loi avaient la priorité sur ceux du testament, et il donne l'avantage à ces derniers principes.

Mais, quand le jurisconsulte n'interroge que le bon sens qui doit être la règle des lois humaines, il sent bien qu'il faut concilier tout à la fois l'égalité qui doit régner dans la famille avec l'autorité paternelle.

« Dans la ligne directe même des descendants, le plus favorable de tous les modes de succession, il peut exister des raisons très-légitimes qui autorisent le père de famille à changer la distribution légale. Pourrait-on lui refuser de récompenser par un témoignage d'affection plus particulière l'enfant qui se sera le plus distingué par son respect et sa tendresse filiale, qui se sera dévoué à secourir la vieillesse infirme du père commun, qui par son travail aura contribué sans intérêt à augmenter le patrimoine qui devient commun; un père qui voit l'un de ses enfants assailli dans sa fortune par des malheurs qu'il ne peut se reprocher, et les autres, au contraire, enrichis par le hasard, peut-il être privé du droit de venir au secours de ce fils infortuné?

« Les fils pourraient ils légitimement lui envier cet acte de justice?

«... Le collatéral qui distingue dans une nombreuse parenté celui que la nature a moins favorisé de ses dons et qui le préfère à un parent plus proche, mais plus riche, ne remplit-il pas, bien loin de le violer, le devoir que la nature lui prescrit? »

Tronchet proposa donc l'adoption des quatre principes suivants : 1° L'homme tenant du droit la faculté de transmettre entre vifs son bien comme il lui plaît, la faculté de disposer, à titre gratuit, entre vifs, n'aura d'autres limites que celles

[1] Voir M. Laferrière, *Histoire du droit français*, p. 256 et suiv. 1re éd.

qui seront prescrites en faveur des héritiers qui auront droit de légitime, et relativement aux substitutions.

2° La faculté que la loi accordera à l'homme de régler la transmission de sa propriété après son décès sera subordonnée à des limitations qui seront les mêmes pour tous les citoyens, et dans tout le royaume.

3° Les limites que la loi prescrira seront différentes et graduées, suivant les différents degrés de faveur avec lesquels la volonté de l'homme peut se trouver en opposition.

4° S'il y a une légitime en faveur de tous les héritiers en ligne directe descendante ou ascendante, laquelle ne pourra être moindre que les trois quarts de la portion héréditaire de chaque héritier; en collatérale, il n'y aura de légitime qu'en faveur des frères, du neveu et de l'oncle; et cette légitime sera de la moitié seulement des biens qui seront échus au défunt par succession. Au surplus, le propriétaire jouira de la pleine faculté de disposer de ses biens.

Le discours de Tronchet eut les mêmes honneurs que celui de Mirabeau, l'assemblée en décréta l'impression.

Cazalès monta ensuite à la tribune. Son discours excita des tempêtes au sein de l'assemblée. « Toutes les questions politiques, disait-il, dont nous faisons si grand bruit n'intéressent guère que quelques milliers d'intrigants qui veulent dominer les autres, cherchent à faire prévaloir le genre de gouvernement qui offre le plus de chances à leur ambition.

« Si de bonnes lois politiques n'étaient pas nécessaires pour que les lois civiles fussent respectées, si elles n'en étaient pas les gardiennes, elles seraient sans intérêt pour l'universalité presque de la nation. Les lois civiles sont celles qui établissent et ordonnent la propriété, atteignent généralement tous les citoyens; le bonheur de tous en dépend, il est du plus grand intérêt pour tous qu'elles soient discutées avec la plus profonde maturité.

« *Changer les lois civiles d'un empire est donc le travail le plus important dans son objet, le plus difficile dans son exécution;* difficile à cause de cette foule de rapports qui s'y lient, et que des législateurs vulgaires n'aperçoivent souvent qu'après les avoir détruits; difficile à cause de l'amour extrême que les peuples ont pour leurs coutumes et leurs lois. »

Ces dernières paroles étaient sages, et les événements les jus-

tifièrent; mais, comme l'a très-bien dit M. Mignet, dans son Eloge de Sieyès, *ce n'était pas le moment des lois, mais des passions.* »

Dans un discours plein de vérités[1], Cazalès examine les lois sur les successions dans leur influence sur les mœurs des citoyens, sur l'agriculture, sur la multiplication des denrées, dans leurs effets sur l'amour de la patrie et sur la prospérité nationale.

« La faculté de tester, dit-il, laissée par la loi romaine aux pères de famille, est la conséquence nécessaire de la loi paternelle que, sans doute, vous ne voulez pas détruire. » Et, après de nombreux murmures émanés du côté gauche et des tribunes, il conclut ainsi : « Il est vingt personnes hors d'état d'avoir aucune conception qui m'interrompent sans cesse, IL N'Y A RIEN DE SI BÊTE QUE CETTE MANIÈRE. Je conclus à ce que l'assemblée déclare que tout le royaume sera régi par la loi romaine. »

Un membre inconnu (Prugnon) fit entendre de sages paroles en faveur de la puissance paternelle, et il proposa la libre disposition du quart au tiers en ligne directe, soit en faveur des enfants, soit au profit des étrangers, et en ligne collatérale du tiers à la moitié.

« S'il y a eu, dit-il, ainsi que l'expose M. Mirabeau, des testaments faits *a moroso, a superbo, a delirante*, il s'en est rencontré un nombre infini qui ont été faits *a justo, a bono, ab amante;* quoi que l'on fasse, une galerie de portraits de mauvais pères ne sera jamais ni riche, ni vaste, et la plus immense collection sera celle des bons pères. »

Lanjuinais se montra partisan aveugle de ce que l'on pourrait appeler la simplification. Après avoir adopté le principe de l'égalité absolue tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, il ajouta : « Il y a une grande omission dans le projet du Comité; il faudra y ajouter quelques articles relatifs au rapport. Les avantages que les père et mère peuvent faire sont directs ou indirects; les avantages directs sont les dispositions entre vifs ou à cause de mort, les avantages indirects sont les dépenses, les pensions, les usufruits; ceux-ci ne sont pas rapportables..... Les dons rémunératoires, tels que société, vente, ferme, rentes constituées, doivent être placés dans la même classe. Un génie dont vous pleurez la perte vous a proposé de borner à un dixième la

[1] *Moniteur* du 8 avril 1791.

quotité des biens dont on pourra disposer, mais un père pourra donner de son vivant dépenses, pensions, usufruits, il pourra faire des dons rémunératoires; ainsi la disposition d'une quotité quelconque est inutile, mais point d'autres dons entre vifs, point de dons testamentaires, sans cela l'égalité est violée. Qu'on ne m'oppose pas, ajouta-t-il, la puissance paternelle, elle n'est qu'une tutelle naturelle, c'est-à-dire *le droit de garder la personne et d'administrer les biens*..... Si vous voulez simplifier vos lois, vous devez borner vos dispositions testamentaires aux legs[1]; ainsi vous diminuerez nos études et nos procès. »

Il était difficile d'avoir de l'autorité paternelle une idée plus restreinte et, disons-le, plus misérable[2].

Après ce discours, l'ajournement fut proposé. Combattu par Prieur et Charles Lameth, il fut soutenu par Le Chapelier, et prononcé. L'assemblée s'en tint à son décret des 8-15 avril 1791.

Cette discussion sur la faculté de tester n'en est pas moins l'une des plus intéressantes pour l'histoire du droit, puisqu'elle indique les idées qui s'étaient emparées des esprits les plus éminents de l'Assemblée constituante.

Assemblée législative. A. Cette assemblée porta des lois destructives de la famille et de l'autorité paternelle.

Par un décret du 28 août 1792, qui fut plus tard interprété par celui du 31 janvier 1793, elle décréta « que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle, et qu'elle ne s'étendrait que sur la personne des mineurs. »

Ce décret était dirigé contre la législation des pays de droit écrit qui maintenait la puissance paternelle jusqu'à l'émancipation, et notamment laissait au père l'usufruit sur les biens de ses enfants, quel que fût leur âge, tant qu'ils n'étaient pas émancipés.

Comme le dit M. Demolombe[3], ce décret corrigeait « ce que

[1] L'orateur voulait désigner les legs particuliers.

[2] « Au milieu de tant d'institutions qui périssent, parmi tant d'autorités qui succombent, il y a donc encore une chose impérissable et une autorité qui se soutient toujours plus haut que les autres! oui, il est encore un grand nom sur la terre, c'est le nom de père; une grande chose, c'est l'autorité paternelle. » Mgr l'évêque d'Orléans, *Correspondant*, année 1857, *Du mariage chrétien*.

[3] *Puissance paternelle*, n. 263.

la puissance paternelle des pays de droit écrit avait d'excessif, de contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, et même à la liberté individuelle. »

A la séance du 30 août 1792, l'assemblée consacra en principe « que le mariage est un contrat dissoluble par le divorce[1] »; le *Moniteur* ajoute qu'après ce vote la salle retentit d'applaudissements; c'était tout simplement retourner vers le paganisme.

Dans son décret du 20 septembre 1792, cette assemblée détermina les causes, le mode et les effets du divorce.

« L'Assemblée nationale, dit le préambule, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit : « ARTICLE 1er. Le mariage se dissout par le « divorce.—ART. 2. Le divorce a lieu par le consentement mutuel « des époux.— ART. 3. L'un des époux peut faire prononcer le « divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur « ou de caractère. »

L'article 4 énumère les causes de divorce pour motifs déterminés. On y voit figurer la *démence*, la *folie* ou la *fureur* de l'un des époux, et de plus l'*émigration*. Enfin, l'article 7 défendait toute séparation de corps pour l'avenir, et, sans aucun respect pour la liberté de conscience, n'offrait aux époux malheureux que la ressource du divorce.

On a tant écrit contre le divorce, et l'opinion publique paraît aujourd'hui trop bien fixée pour qu'il soit utile de faire remarquer que la famille était attaquée par ce décret révolutionnaire. Le mariage était devenu un contrat civil inférieur même à la vente du moindre des objets, car, dans un contrat ordinaire, la volonté de l'une des parties ne saurait rompre le pacte sans l'assentiment de l'autre. De plus, des maladies mentales qui doivent exiger le soin et le dévouement d'un époux étaient des causes de divorce[2] !

[1] *Moniteur* du 1er septembre 1792.

[2] « La polygamie opprime la femme et maintient l'Orient barbare. Le

L'Assemblée législative attaqua de front l'autorité paternelle. Dès le 16 août 1792, malgré l'avis de son Comité de législation, qui avait pour interprète M. Muraire, elle fixa la majorité à vingt et un ans. Le Comité proposait de laisser la majorité fixée à vingt-cinq ans, en accordant aux citoyens âgés de vingt et un ans la faculté de se marier sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs.

Un second décret du 20 août 1792 consacra cette licence en permettant aux enfants de vingt et un ans de se marier, sans même requérir le *conseil* de leurs ascendants.

B. Le temps ne permit pas à l'Assemblée législative de prendre des décisions sur les successions testamentaires ou *ab intestat*, et dès lors les règles du rapport restèrent ce qu'elles étaient sous la Constituante.

Convention nationale. — *A*. Cette assemblée renchérit encore sur la précédente.

La Législative avait fait du mariage un de ces contrats libres que le caprice de l'une des parties pouvait dissoudre ; le décret du 12 brumaire an II vint donner aux enfants naturels le même droit sur les successions des père et mère qu'aux enfants légitimes ; le concubinat devenait l'égal du mariage et cette dernière union était parfaitement inutile.

Cambacérès, l'organe du Comité de législation[1], disait : « Il existe une loi supérieure à toutes les autres : la loi de la nature ; c'est elle qui assure aux individus dont nous nous occupons tous les droits qu'on cherche à leur ravir. Ces droits leur ont été rendus le jour où la nation a déclaré qu'elle voulait être libre, le jour où ses premiers représentants ont rédigé cette charte

divorce la rabaisse, et c'est lui surtout qui avait plongé le vieux monde romain dans la corruption qui le livra sans défense à la conquête... L'indissolubilité du lien, si fermement proclamée, si chèrement achetée par l'inflexible courage de l'Église et de ses pontifes suprêmes, peut seule réhabiliter la femme, relever les mœurs et préparer le retour de la civilisation... Les doctrines insensées des temps révolutionnaires menacèrent un instant ces nobles institutions. On proclamait la liberté absolue et licencieuse de la femme : c'était lui enlever la protection et la dépouiller de sa vraie force; c'était décréter du même coup son émancipation et sa servitude. » Sauzet, *Rome devant l'Europe*, 2e éd., p. 211.

[1] Séance du 9 brumaire, *Moniteur* du 1er novembre 1793.

mémorable, monument éternel des droits des hommes et des citoyens. »

« Mais, se demande le futur archichancelier de l'empire, assimilera-t-on les enfants adultérins aux enfants nés de personnes libres ? Si je n'avais à vous présenter que mon opinion personnelle, je vous dirais : Tous les enfants indistinctement ont le droit de succéder à ceux qui leur ont donné l'existence. *Les différences établies entre eux sont l'effet de l'orgueil et de la superstition. Elles sont ignominieuses et contraires à la justice.....* Mais ce n'est pas de mes propres pensées que je dois vous entretenir ; c'est le résultat de la discussion du Comité dont il faut vous rendre compte. On a pensé *presque* unanimement que le respect des mœurs, la foi du mariage, les convenances sociales ne permettaient point de comprendre dans la disposition les enfants nés de ceux qui étaient déjà liés par des engagements. »

On sait, du reste, que la Convention donna des primes aux filles mères[1].

C. Les lois sur les successions testamentaires et *ab intestat* furent l'expression du radicalisme le plus absolu.

Le 7 mars 1793, la Convention décréta « que la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle *en ligne directe*, est abolie ; en conséquence, que tous les descendants auront un droit égal sur le partage des biens de leurs ascendants. »

La discussion qui précède ce décret est fort instructive[2]. Un membre dont le nom n'est pas indiqué s'écria : « Parmi les moyens que l'aristocratie emploie pour détacher les hommes de la révolution, l'un des plus puissants, celui qui lui réussit le mieux, c'est l'exhérédation ; c'est à nous à lui arracher cette arme, à faire un grand acte de justice, à donner de nouveaux

[1] « L'ancien droit avait fait du mariage un contrat sacré formé sous les auspices de la religion, indissoluble dans sa durée, immortel dans ses effets. La révolution avait renversé toutes ces tutélaires maximes, qui font la base éternelle des sociétés civilisées. La digue brisée avait ouvert une libre carrière à la licence des lois comme à celle des mœurs. On avait fait d'un consentement éphémère et révocable le seul fondement du mariage ; une logique impitoyable fit du divorce le droit commun de la France, éleva les enfants naturels au niveau des enfants légitimes, et finit par récompenser les filles mères. » Sauzet, *Rome devant l'Europe*, p. 187, 2e édition.

[2] *Moniteur* du 10 mars 1793.

amis à la liberté; il faut atteindre l'aristocratie jusque dans les tombeaux, en déclarant nuls tous les testaments faits en haine de la révolution. »

Mailhe ajouta : « Il faut charger le Comité de vous présenter un projet de décret qui coupe le mal par la racine, qui abolisse le droit de tester. »

Buzot appuya la motion de Mailhe; Lamarque et Barrère demandèrent que la prohibition de tester fût restreinte à la ligne directe.

Prieur demanda que la loi se reportât au 14 juillet 1789. « Sans cela, dit-il, vous sacrifiez les cadets voués à la révolution, vous sanctionnez la haine des pères pour les enfants patriotes. »

Cette proposition, appuyée par Cambon, fut repoussée par l'ordre du jour.

A la séance du 5 brumaire an II (26 octobre 1793), Cambacérès, au nom du Comité de législation, présenta la rédaction des articles d'appendice du second livre du Code civil [1].

Un article faisait remonter à 1789 le partage des successions entre les frères et sœurs par portions égales.

Quelques membres combattirent la rétroactivité de la loi, qui fut appuyée par Philippeaux et Cambon.

Barrère la défendit « comme homme de loi, comme révolutionnaire et comme législateur ordinaire. » Il demandait que cette rétroactivité fût fixée au 5 octobre 1789. Cambon la fixait au 14 juillet.

L'article 9 du décret du 5 brumaire an II porte : « Les successions des pères, mères ou autres ascendants, et des parents collatéraux, *ouvertes depuis le 14 juillet* 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes les lois, coutumes, usages, donations, testaments et *partages déjà faits*. »

L'article 10 fait exception pour les donations et dispositions faites par contrat de mariage en ligne collatérale.

L'article 11 ajoute : « Les dispositions de l'article 9 ci-dessus ne font point obstacle, pour l'avenir, à la faculté de disposer du dixième de son bien, si l'on a des héritiers en ligne directe,

[1] *Moniteur* du 7 brumaire (28 octobre 1793).

ou du sixième, si l'on n'a que des héritiers collatéraux, au profit d'autres que les personnes appelées par la loi au partage des successions. »

Ce dernier article était pour la ligne directe la reproduction des idées de Mirabeau. Il énervait la puissance paternelle et ramenait la propriété à un droit intérimaire, puisque le propriétaire ne pouvait disposer que d'une très-faible portion de ses biens.

La Convention adopta même l'avis de Robespierre, qui avait réclamé l'égalité absolue entre collatéraux.

Mais ce qui n'avait pas été proposé à l'Assemblée constituante, c'était cette funeste et déplorable rétroactivité qui bouleversait les familles, méprisait les droits acquis et engendra une multitude de procès.

Restaient encore plusieurs points sur lesquels la Convention n'avait pas statué.

On se rappelle que Merlin avait, en 1790, demandé l'abolition de la règle : *Paterna paternis, materna maternis,* et la représentation en ligne collatérale jusqu'au degré de neveu ou nièce du défunt.

Peu après le décret du 5 brumaire an II survint la célèbre loi du 17 nivôse an II, qui consacra les idées révolutionnaires et en fut l'expression la plus avancée, car, à partir de ce moment, la réaction s'opéra.

A la séance du 6 nivôse an II[1], un membre du Comité de législation présenta à la discussion plusieurs articles additionnels à la loi du 5 brumaire.

Amar demanda que la Convention chargeât son Comité de législation d'examiner avec attention le mode d'exécution de cette loi, qui est, disait-il, de la plus haute importance, puisqu'elle regarde les propriétés.

Cambacérès fit observer que la proposition d'Amar amenait à un rapport indirect de la loi sur l'égalité des partages des successions.

« Il y a, disait-il, des motifs graves de la maintenir, comme il y en a peut-être pour la rapporter; mais, dans tous les cas,

[1] *Moniteur* du 8 nivôse an II (28 décembre 1793).

vous devez prononcer un sursis à son exécution, elle a déjà occasionné beaucoup de désordres dans bien des familles. »

Thuriot attaqua le principe de la rétroactivité. « La Convention, dit-il, a cru établir un grand principe et elle a, pour ainsi dire, jeté une pomme de discorde dans toutes les familles. »

Philippeaux et Bourdon (de l'Oise) s'élevèrent contre cette opinion, et le dernier termina ainsi : « Je demande que la Convention conserve son énergie et se montre digne de l'égalité, dont elle a établi le règne, en passant à l'ordre du jour sur toutes les réclamations des aînés. »

Le *Moniteur* ajoute : « La Convention décrète qu'elle ne soumettra pas à un nouvel examen le principe de l'égalité des partages. »

Vient ensuite la loi du 17 nivôse an II, dont nous allons donner une analyse dans les parties qui ont rapport à notre travail.

Cette loi organisa d'une manière complète la succession *ab intestat* et la succession testamentaire ; dans son article 61, elle abrogea le décret du 5 brumaire précédent.

Par son article 62, elle abolit la règle : *Paterna paternis, materna maternis*, et déclara que l'on ne reconnaîtrait plus aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission.

C'était revenir à la simplicité de la Novelle 118 et adopter l'avis que Merlin avait émis à l'Assemblée constituante.

Dans l'ordre des descendants, la loi de nivôse admit encore entièrement le système de la Novelle. Les descendants viennent tous également à la succession de leur ascendant [1], sans priviléges de masculinité et de droit d'aînesse.

La représentation est admise à l'infini en ligne directe.

L'égalité est aussi proclamée dans la ligne ascendante et collatérale. La représentation est admise *à l'infini* en ligne collatérale, et de cette façon les terroristes atteignirent leur but, qui était de morceler les fortunes, afin de détruire l'influence des familles.

Quant à la succession testamentaire, la loi de nivôse reproduisit les dispositions du décret de brumaire que nous avons citées. Ainsi l'article 9 de cette loi répète les termes mêmes de

[1] Art. 64 de la loi du 17 nivôse an II.

l'article 9 du décret, et l'article 16 ajoutait aussi : « Les dispositions générales du présent décret ne font point obstacle pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son bien, si l'on a des héritiers en ligne directe, ou du sixième, si l'on n'a que des héritiers collatéraux, au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au partage des successions. »

On ne rencontre pas, dans la loi de nivôse, l'exception que l'article 10 du décret de brumaire avait introduite à l'égard des donations faites par contrat de mariage en ligne collatérale.

De cette loi de nivôse il résultait que le propriétaire qui avait des héritiers en ligne directe n'avait qu'une quotité disponible d'un dixième, et il en était ainsi s'il avait des enfants naturels ; ceux-ci, étant sur la même ligne qu'un héritier légitime, avaient une réserve de neuf dixièmes.

Si les héritiers appartenaient à la ligne collatérale, la quotité disponible s'élevait à un sixième, et encore le donateur ou testateur ne pouvait donner cette quotité disponible qu'à un étranger.

C. Il est facile d'indiquer les conséquences de cette législation quant aux rapports.

Pour l'avenir, la loi de nivôse adoptait, à l'égard des donataires, la règle des coutumes d'égalité parfaite, puisque la donation faite à un successible en ligne directe ou collatérale était rapportable ; dès lors le successible donataire avait beau renoncer à la succession, il ne devait pas moins le rapport. Cette conséquence résulte des articles 9 et 16.

C'était aussi consacrer l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire.

Restaient les donations faites avant la loi du 17 nivôse an II.

Quant à celles postérieures au 14 juillet 1789, le législateur, en appliquant la rétroactivité, les soumet au rapport même de la part des héritiers renonçants. « En conséquence, dit l'article 9, les enfants, descendants et héritiers en ligne collatérale, ne pourront, même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit, par l'effet des donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents collatéraux, le 14 juillet 1789 ou depuis [1]. »

[1] C'était la reproduction exacte des termes de l'article 9 du décret du 5 brumaire an II.

Se présentaient enfin les donations antérieures au 14 juillet 1789. L'article 8 disait : « Les enfants, descendants et collatéraux ne pourront prendre part aux successions de leurs pères, mères, ascendants ou autres parents, sans rapporter les donations qui leur ont été faites par ceux-ci antérieurement au 14 juillet 1789; sans préjudice toutefois de l'exécution des coutumes qui assujettissaient les donations à rapport, même dans le cas où les donataires renoncent à la succession du donateur [1]. »

Ainsi, les donataires renonçants pouvaient garder la donation ; mais, s'ils acceptaient la succession, ils étaient obligés de rapporter la donation, alors même qu'elle eût été faite par préciput et hors part, soit dans les pays de droit écrit, soit dans les coutumes de *préciput*.

Il est facile de juger sainement cette législation révolutionnaire. Elle était destructive du droit de propriété et de l'autorité paternelle.

M. Laferrière [2] dit très-justement : « Ce qui explique la loi, mais ne justifie pas le Comité de législation présidé par Cambacérès, c'est qu'à l'époque où il proposait la loi de nivôse, la Convention était sous l'empire du Comité de salut public et du triumvirat Robespierre, Saint-Just et Couthon. »

M. Demolombe [3], après avoir approuvé des dispositions de la loi de nivôse, notamment le principe posé dans l'article 62, ajoute : « Mais quels écarts ensuite ! et quels excès ! Que c'était bien là le triomphe de cet esprit de démocratie radicale, sans discernement et sans frein, qui veut pousser toujours et quand même, au morcellement de la propriété et au nivellement des fortunes !... La loi du 17 nivôse appelait des légions d'héritiers... d'où résultait, dans les liquidations de successions, une source inépuisable de complications et de procès. »

M. Vernet lui-même, dans son livre sur la quotité disponible, où dans les pages 321 et 322, il se montre passionné pour la révolution française et profondément hostile envers la Restaura-

[1] Cette disposition était la reproduction de l'article 8 du décret du 5 brumaire an II.

[2] *Histoire du droit français*, 1re éd.

[3] *Traité des successions*, t. I, p. 358.

tion, reconnaît que la loi de nivôse pourrait être sur plusieurs points l'objet d'une vive critique.

Enfin, la Convention elle-même va nous donner son jugement sur cette loi du 17 nivôse an II.

Dès le 22 ventôse an II, la Convention était saisie de soixante réclamations relatives à cette loi [1].

Berlier, organe du Comité de législation, justifie la rétroactivité de la manière suivante : « Le règne *de la nature* et *de la raison* avait pris naissance le 14 juillet 1789. Faible encore à cette époque, il ne s'était, il est vrai, élevé à sa hauteur que depuis, mais il avait commencé dès ce temps, et sans rétroagir vous avez voulu faire accorder leurs effets avec leur cause; vous avez proclamé que les biens acquis à titre gratuit depuis cette grande époque devaient être partagés, selon les règles que vous avez prescrites, entre ceux que la nature désignerait pour les recueillir, et vous avez écarté les obstacles qui pouvaient résulter des dispositions contraires soit de l'homme, soit des statuts.

« Ainsi vous avez marqué une limite juste et nécessaire, et la tranquillité du corps social vous a fait à regret jeter un voile sur les griefs qui appartenaient aux temps les plus reculés. »

Le 9 fructidor an II, nouveau décret additionnel à la loi de nivôse, en quatorze articles, et la Convention répond encore à trente-six nouvelles questions soumises à son Comité de législation [2].

Robespierre n'était plus, Berlier, de nouveau rapporteur, commence à faire des aveux.

« Ce travail supplétif tire son être, dit-il, de la manière même avec laquelle cet important objet fut traité dans son principe.

« Sans doute, l'on tendait au bien et on l'a opéré, mais on se rappelle que la loi n'avait pas été préparée dans le silence du cabinet, et que seize propositions, toutes émanées de points divers, et lancées à l'improviste dans cette assemblée, formèrent les éléments du décret du 5 brumaire, qui, promulgué aussitôt, mais rempli de lacunes, ne put recevoir l'exécution qu'en attendaient les législateurs.

« De nombreuses réclamations arrivèrent de toutes parts, et le

[1] *Moniteur* du 25 ventôse an II (15 mars 1794).

[2] *Moniteur* du 11 fructidor an II (28 août 1794).

renvoi qui en fut fait au Comité de législation donna naissance à la loi du 17 nivôse, moins imparfaite sans doute que celle du 5 brumaire, mais loin encore d'être complète. »

La réaction thermidorienne s'opérait, et le 5 floréal an III des citoyens, admis à la barre de la Convention, réclamèrent contre la disposition de la loi du 17 nivôse, qui donnait un effet rétroactif jusqu'au 14 juillet 1789[1].

Un membre demanda la question préalable en affirmant « que c'était la guerre des aînés contre les cadets. »

Mais un autre répondit : « La Convention n'a repoussé les réclamations que dans un temps où un bras de fer pesait encore sur elle. Lorsqu'on discuta cette loi, je fus traité de contre-révolutionnaire pour avoir voulu m'opposer à la disposition qui lui donnait un effet rétroactif. »

Charlier, renouvelant le sophisme que Berlier avait fait pour justifier la rétroactivité, ajouta « que rapporter cette loi, ce serait ruiner les cadets, qui sont presque tous des défenseurs de la patrie. » Il demanda la question préalable. (*Violents murmures*, ajoute l'impassible *Moniteur*.)

Merlin (de Douai) prit la parole et fit de piquantes révélations.

« Cambacérès et moi, dit-il, soumettions alors à votre discussion le projet du Code civil ; les articles relatifs aux successions avaient été déjà décrétés ; Fabre d'Eglantine demanda, par un article additionnel, que celui qui ordonnait l'égalité des partages pour l'avenir eût son exécution à compter du 14 juillet 1789, Cambacérès et moi combattîmes cette proposition, elle fut vivement soutenue par Cambon et Barrère ; je leur opposai l'article de la *Déclaration des droits de l'homme* qu'on vient de vous citer, ils me répondirent qu'il n'était relatif qu'aux peines à prononcer contre les crimes ; de sorte que, pour tout autre objet, on aurait pu faire remonter, suivant eux, l'effet rétroactif jusqu'au déluge.

« Je témoignai à Ramel l'étonnement que m'avait causé cette discussion, il me répondit que cette proposition était soufflée par Hérault de Séchelles, et que, dès le temps où il était avec lui membre du Comité de constitution, il avait su qu'Hérault se proposait de faire remonter la loi sur l'égalité des partages jus-

[1] *Moniteur* du 9 floréal an III (28 avril 1795).

qu'au 14 juillet 1789, parce qu'il devait y gagner 80,000 livres de rentes.

« Malgré l'opposition de Cambacérès, malgré la mienne, la proposition de Fabre d'Eglantine fut adoptée, on chargea le Comité de législation d'en faire la rédaction. Nous la présentâmes contre notre vœu ; Thuriot la trouva mauvaise, et je conviens que nous avions tout fait pour qu'elle ne donnât pas l'effet rétroactif qu'on avait demandé.

« Thuriot fit une autre rédaction, qu'on appela la loi du 5 brumaire ; elle était si mauvaise, qu'on ordonna encore au Comité de législation d'en faire une nouvelle. Aucun de nous ne voulant la faire, nous en fîmes charger notre collègue Berlier, qui, revenant de mission, n'était pas instruit de tous les débats auxquels elle avait donné lieu. Plus de vingt fois, Berlier remit les pièces sur le bureau, en disant qu'il ne voulait pas être le rédacteur *d'une loi aussi infâme*. (Applaudissements, ajoute le *Moniteur*.)

« La rédaction que nous avons présentée maintenait les institutions contractuelles ; mais Couthon, qui présidait alors, parla de son fauteuil contre l'usage de l'assemblée, et sa voix eut assez d'influence pour que tout fût rejeté. »

Les réflexions sont inutiles, elles se présentent naturellement à l'esprit, et l'on se rappelle la lâcheté de Merlin (de Douai), rédacteur de la loi des suspects.

La Convention ordonna le renvoi au Comité de législation et décréta la suspension de toute action intentée ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse.

A la séance du 14 thermidor an III [1], Lanjuinais prit la parole au nom du Comité de législation, et examina dans un long discours les effets rétroactifs de la loi de nivôse, les blâma de nouveau en représentant cette loi comme l'œuvre de la faction montagnarde.

« Lorsqu'au 1er prairial, dit-il, les hommes investis du caractère de la représentation, cédant en apparence aux avis de leur horde assassine, érigeaient leurs attentats en lois de la république, un d'eux m'adressa ces paroles, qui sonneront longtemps à mon oreille : « Cesse de t'occuper de la loi du 17 nivôse ; le « peuple ne veut pas qu'elle soit changée. »

[1] *Moniteur* du 20 thermidor an III (7 août 1795).

Il ajouta : « La paix des familles troublée, la foi des contrats violée, le droit de propriété détruit, la garantie sociale devenue illusoire, tels sont les inconvénients funestes qui vous sont dénoncés. » Il qualifie les lois de brumaire et de nivôse *de véritables lois agraires dans leur rétroaction, premiers essais d'un plus vaste système conçu par nos tyrans :* puis il terminait ainsi. « Ne voyez que ce qui est juste, n'écoutez que ce que demandent les principes, rappelez-vous en quel temps, comment et pourquoi la loi du 17 nivôse fut faite ; quelles furent les vues particulières et intéressées qui amenèrent les dispositions rétroactives, rappelez-vous l'histoire secrète et honteuse, qu'un de nos collègues vous a révélée dans la séance du 5 floréal, et reconnaissez alors que cette loi, comme tant d'autres de la même époque, fut plutôt dictée que consentie ; qu'une loi qui, depuis sa naissance, a constamment excité tant de plaintes, de murmures et de réclamations, est loin d'offrir l'expression de la volonté générale; vous vous empresserez de seconder le vœu de la justice et celui de tant de citoyens qui vous sollicitent de rayer de cette loi ce qu'elle renferme de dispositions subversives de l'ordre public et de toute prospérité sociale. »

Lanjuinais présenta ensuite un projet de décret en vingt-huit articles.

Villetard demanda la question préalable au nom de la nature, de la raison, de l'humanité et de la justice.

La discussion n'eut pas de suite, mais elle devint très-vive aux séances des 8 et 9 fructidor an III [1].

Lanjuinais revint encore à la charge contre la rétroactivité. « Tel est le fruit odieux d'un complot dirigé par le sordide intérêt de quelques-uns de nos tyrans et d'une illusion révolutionnaire, qui, au milieu de la plus affreuse anarchie, a ébranlé ou détruit la propriété de cinq cent mille familles.

« Comment un si révoltant désordre a-t-il subsisté pendant toute une année après le 9 thermidor ? Comment peut-on en faire aujourd'hui même, après le 12 germinal et le 1er prairial, le sujet d'une discussion sérieuse ? »

Plus loin : « La Convention même, tant qu'elle a conservé

[1] Voir *Moniteur* des 11, 12 et 13 fructidor an III (28, 29 et 30 août 1795).

un peu de liberté, a été *faible*, pour parler comme Villetard, c'est-à-dire juste et sage, ainsi que l'Assemblée constituante. »

L'orateur termine enfin par ces pompeuses paroles : « La nation, l'Europe entière, ont les regards fixés sur vous, la décision que vous allez rendre après cette discussion solennelle et au milieu de nos triomphes va ranimer ou éteindre pour jamais la confiance publique, et fixer sur notre assemblée le jugement des contemporains et celui de la postérité. »

A la même époque, Boissy d'Anglas prononçait un long discours sur la situation politique de l'Europe, et la Convention allait faire place au Directoire.

Cette discussion fut terminée le 9 fructidor par le vote suivant : « La Convention nationale, sur le rapport de son Comité de législation, décrète que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II de la république, concernant les divers modes de transmission de biens dans les familles, n'auront d'effet qu'à compter de leur promulgation. »

Un orateur, Pérès (de la Haute-Garonne) reprocha à la loi de nivôse d'avoir établi l'égalité en ligne collatérale ; mais le moment n'était pas encore venu d'abroger cette disposition exagérée.

Le 3 vendémiaire an IV[1], la Convention régla le mode d'exécution de son décret du 5 fructidor par un nouveau décret, composé de treize articles. Lanjuinais en fut encore le rapporteur ; la Convention voulut surtout conserver les droits acquis de bonne foi soit à des tiers possesseurs, soit à des créanciers hypothécaires, avant la promulgation du décret du 5 floréal an III, pourvu qu'ils eussent un acte ayant date certaine.

A cette séance, Pérès fit encore sa proposition sur les successions en ligne collatérale, elle fut renvoyée au Comité de législation.

Directoire. — Pendant cette période, les choses restèrent ce que la Convention les avait faites, et les règles du rapport ne changèrent pas.

Nous signalerons seulement la loi du 18 pluviôse an V (6 février 1797), rendue pour résoudre les difficultés qui s'étaient présentées par suite des changements si souvent survenus dans la loi des successions ; les tribunaux étaient sans cesse arrêtés, et la

[1] *Moniteur* du 7 vendémiaire an IV.

loi de pluviôse eut pour but de lever ces difficultés. Ce ne fut donc qu'une loi transitoire.

Consulat.—« Au nombre des dispositions légales, dit M. Thiers[1], alors en vigueur, qui paraissaient une tyrannie insupportable, se trouvait l'interdiction du droit de tester ; les lois existantes ne permettaient de disposer en mourant que du dixième de sa fortune si on avait des enfants, du sixième si on n'en avait pas. Ces dispositions avaient été le résultat de la première indignation révolutionnaire contre les abus de l'ancienne société française, société aristocratique, dans laquelle la vanité paternelle voulait tantôt constituer un aîné, tantôt contraindre les affections de ses enfants par des unions mal assorties, dépouillant les uns au profit des autres. Par un emportement ordinaire à l'esprit humain, au lieu de réduire la puissance paternelle à de justes limites, on l'avait complétement enchaînée ; un père ne pouvait plus récompenser ou punir ; il ne pouvait, s'il avait des enfants, disposer de rien ou à peu près en faveur de celui qui avait mérité toutes ses affections, et, ce qui est plus extraordinaire, s'il n'avait que des collatéraux prochains ou éloignés, il ne pouvait donner qu'une partie à peu près insignifiante de sa fortune, c'est-à-dire un sixième.

« C'était là un véritable attentat au droit de propriété et l'une des rigueurs les plus senties du régime révolutionnaire, car la mort frappe tous les jours, et des milliers de mourants expiraient sans pouvoir obéir au penchant de leur cœur en faveur de ceux qui les avaient servis, soignés, consolés dans leur vieillesse. » Intervint donc la loi du 4 germinal an VIII (25 mars 1800.)

Son article 1[er] déterminait la quotité disponible en ligne directe descendante.

Elle était élevée d'un invariable dixième à un quart, un cinquième, et ainsi de suite, suivant le nombre des enfants. Au-dessous de quatre enfants, elle était d'un quart, avec quatre enfants, d'un cinquième ; avec cinq, d'un sixième, etc.

L'article 3 fixait cette quotité en ligne directe ascendante ou en ligne collatérale.

Elle était élevée d'un invariable sixième à la moitié, si le disposant laissait des ascendants, des frères ou sœurs, des enfants

[1] *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. I, p. 169.

ou petits-enfants de frères ou sœurs ; aux trois quarts, s'il laissait des oncles ou grands-oncles, tantes ou grand'tantes, des cousins germains ou cousines germaines, ou des enfants desdits cousins ou cousines.

A défaut de parents aux degrés ci-dessus, d'après l'article 4, les dispositions à titre gratuit pouvaient épuiser la totalité des biens.

Enfin, l'article 5 portait : « Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans qu'ils soient sujets à rapport. »

La loi de germinal repoussait donc tout à la fois, les principes des coutumes d'égalité parfaite et la maxime : *Nul ne peut être héritier et légataire.* Elle adoptait le principe des coutumes préciputaires qui permettaient au père de famille de dispenser du rapport.

Mais les héritiers donataires n'étaient-ils soumis au rapport que si le disposant leur avait imposé cette obligation ? ou bien, au contraire, la loi se bornait-elle à autoriser le disposant à dispenser de l'obligation du rapport le successible donataire ; de telle sorte que le successible y était soumis légalement, s'il n'en avait pas été dispensé par le défunt ?

Des arrêts et des auteurs ont adopté l'un et l'autre de ces deux points de vue [1] ; pour nous, nous pensons que la loi de germinal an VIII a voulu repousser la loi de nivôse an II seulement en ce que celle-ci défendait au disposant de dispenser du rapport, mais elle n'a pas dû aller à un autre extrême en prononçant de plein droit la dispense du rapport.

Quoiqu'il en soit, cette loi fut une réaction contre les idées d'égalité absolue qui avaient été soutenues à l'Assemblée constituante par Mirabeau et Robespierre, et que la Convention avait adoptées.

Il est, du reste, encore très-curieux de parcourir la discussion de cette loi au sein du Tribunat ; ces débats législatifs révèlent d'une manière parfaitement exacte l'état des esprits après le 18 brumaire.

A la séance du Corps législatif du 19 ventôse an VIII, Boulay

[1] Voir M. Demolombe, *Successions*, t. IV, n. 161. Dans un sens contraire, Vernet, *De la quotité disponible*, p. 330.

(de la Meurthe), présenta le projet de loi et prononça l'exposé des motifs comme orateur du gouvernement [1].

« Il n'est pas moins nécessaire, disait-il, de revenir sur les fautes qu'on a commises dans le cours de la révolution que de corriger les vices que présentait l'ancien régime. »

L'orateur fait observer « que l'égalité absolue est souvent contraire à la véritable égalité ; » puis il critique la loi de nivôse au point de vue de l'autorité paternelle.

L'opposition se manifesta au sein du Tribunat. A la séance du 28 ventôse an VIII [2], le tribun Duveyrier, rapporteur du Tribunat, présenta les mêmes considérations; il fit remarquer que la loi de nivôse était constamment violée par des avantages indirects et clandestins, qui se faisaient au mépris des dispositions prohibitives. « J'ai plusieurs fois éprouvé moi-même, ajouta-t-il, qu'il n'était plus possible de parler de la dignité des mariages et de l'autorité paternelle sans être plaisamment rangé *dans la faction des pères de famille.* »

Andrieux, attaquant le projet de loi, en appela aux principes de 1789, invoqua le discours de Mirabeau ; d'après lui, on voulait rétablir le droit d'aînesse.

Voici comme il terminait un discours plein de véhémence et d'idées fausses : « Enfin, j'insiste pour que vous fassiez lire à la tribune par un secrétaire le discours de Mirabeau lu dans le sein de l'Assemblée constituante le jour de sa mort; il roule tout entier sur la question actuelle. Après l'avoir entendu, vous ne regretterez pas le temps que vous aurez donné à cette lecture, et j'espère qu'il vous déterminera, mieux que je n'ai pu le faire, à rejeter un projet qui nous ramène aux sottises, aux vices et à toute la fange de la monarchie ; projet qui mine les fondements de la république et qui prépare la corruption des générations futures. »

Les tribuns Favard et Grenier défendirent le projet de loi ; ce dernier déclara même qu'il aurait fallu abroger la loi de nivôse quant au mode de succéder.

A cette séance, le Tribunat ordonna la lecture du discours de Mirabeau.

[1] *Moniteur* du 4 germinal an VIII.
[2] *Moniteur* des 7 et 8 germinal an VIII.

Le 29 ventôse an VIII[1], Benjamin Constant prit la défense du projet au nom des bonnes mœurs, de la saine morale et de l'autorité paternelle.

A la séance du 2 germinal an VIII[2] les tribuns Curé et Jard-Panvilliers joignirent leurs voix à celles de Benjamin Constant. Le second opposa Tronchet à Mirabeau.

On réclama la lecture du discours de Mirabeau, mais l'ordre du jour fut prononcé, et le projet fut adopté par 53 voix contre 35 opposants.

Au Corps législatif, il fut accueilli par une majorité de 213 voix sur 266 votants, et M. Thiers ajoute : « Cette mesure fut la plus attaquée au Tribunat; elle le fut surtout par le tribun Andrieux, honnête homme, sincère, mais plus spirituel qu'éclairé. Il prétendit qu'on revenait aux droits d'aînesse, aux violences de l'ancien régime sur les enfants de famille, etc. Cette loi passa, comme les autres, à une immense majorité. »

Cette loi, incontestablement meilleure que les lois révolutionnaires qui précèdent, et sur un point préférable au Code Napoléon, n'est pas cependant à l'abri de la critique.

D'abord, si on pense que l'article 5 contenait une dispense légale du rapport des donations entre vifs, on pourrait reprocher au législateur de germinal d'avoir méprisé le caractère des donations qui, conférées à un héritier présomptif, doivent être présumées faites en avancement d'hoirie.

En outre, la quotité disponible en ligne directe descendante nous paraît trop faible, et si le père de famille a un certain nombre d'enfants, le droit de tester lui est presque enlevé.

Mais cette loi reconnaît une réserve au profit des plus proches collatéraux, notamment au profit des frères et sœurs et descendants de frères et sœurs. C'est là une excellente disposition, qui tient compte de l'esprit de famille et qui malheureusement a disparu de nos lois.

DEUXIÈME SECTION. — Code Napoléon.

Les rédacteurs du Code devaient aborder tous les problèmes sociaux qui avaient été l'objet des lois révolutionnaires. Pour se rendre compte de l'esprit général qui les guidait, il faut con-

[1] *Moniteur* du 9 germinal an VIII.
[2] *Ibid.*

sulter le discours de Portalis qui est en tête du projet de Code.

Ce jurisconsulte éminent caractérise parfaitement bien les lois que nous venons de rappeler.

« Toute révolution, dit-il, est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus que des relations privées des hommes entre eux; on ne voit que l'objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public.

« Si l'on fixe son attention sur les lois civiles, c'est moins pour les rendre plus sages ou plus justes que pour les rendre plus favorables à ceux auxquels il importe de faire goûter le régime qu'il s'agit d'établir. *On renverse le pouvoir des pères, parce que les enfants se prêtent davantage aux nouveautés.* L'autorité maritale n'est pas respectée, parce que c'est par une plus grande liberté donnée aux femmes que l'on parvient à introduire de nouvelles formes et un nouveau ton dans le commerce de la vie. On a besoin de bouleverser tout le système des successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires. A chaque instant les changements naissent des changements, les circonstances des circonstances. Les institutions se succèdent avec rapidité, sans qu'on puisse se fixer à aucune; et l'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes. Nous appelons *esprit révolutionnaire*, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat.

« Ce n'est pas dans un tel moment que l'on peut se promettre de régler les choses et les hommes avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes. »

Portalis retrace admirablement bien la mission des rédacteurs du nouveau Code, « mais quelle tâche que la rédaction d'une législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple

une institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous, et qui forme l'esprit des siècles. » Et plus loin il s'écrie : « Les Codes des peuples *se font avec le temps*, mais à proprement parler *on ne les fait pas*. »

L'esprit de la nouvelle législation est bien caractérisé par les paroles suivantes : « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations, en se succédant, se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé, et l'avenir au présent, et qui font qu'un peuple, à moins qu'il ne soit exterminé, ou qu'il ne tombe dans une dégradation pire que l'anéantissement, ne cesse jamais, jusqu'à un certain point, de se ressembler à lui-même. Nous avons trop aimé, dans nos temps modernes, les changements et les réformes; si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès[1]. »

Cette nécessité de transaction a dû quelquefois entraîner une œuvre incomplète : « Le bien, dans le Code Napoléon, dit M. Sauzet[2], appartient au progrès des lumières qui l'a préparé, au génie qui l'a conçu, aux esprits éminents qui l'ont enfanté. Le mal est venu de la difficulté des temps, qui le condamnait à

[1] M. Sauzet (*Rome devant l'Europe*, 2e éd., p. 177 et suiv.) peint, dans un style vif et élevé, l'œuvre de transaction que devait accomplir le législateur de 1804 et les matériaux qu'il avait à déblayer.

[2] *Rome devant l'Europe*, 2e éd., p. 163.

tenir compte de tous les éléments orageux qui entouraient son origine, et à mêler aux principes fondamentaux de l'ordre social les caractères nécessairement imparfaits d'une œuvre de transition et de transaction. L'un sera immortel, parce qu'il résume la pensée des siècles; l'autre a changé et changera encore, parce qu'il est né des nécessités temporaires du siècle. »

A. Le mariage est la base de la famille, et un législateur ne saurait trop le relever aux yeux des populations.

On a vu ce que les lois révolutionnaires avaient fait de cette union. Les rédacteurs du Code, il faut le reconnaître, en eurent une idée plus élevée. Mais, par les conséquences qu'ils adoptèrent, le mariage devint un contrat *purement civil*, susceptible d'être dissous par la mort civile et le divorce, modes essentiellement civils.

Le divorce était, il faut le reconnaître, resserré dans des limites plus étroites que celles de la loi du 21 septembre 1792; néanmoins, avec la mort civile, il constituait des taches dans la législation nouvelle.

Le Code Napoléon, en nous tenant encore un instant dans le même ordre d'idées, a rendu au mariage sa dignité en ne mettant pas sur le pied de l'égalité les enfants légitimes et les fruits d'une union illicite. Tout en appelant ces derniers à la succession concurremment avec la famille, il ne les a appelés que pour une fraction, et encore il a donné au père le moyen de les écarter de la succession [1].

Mais le Code a trop sacrifié les époux dans la succession irrégulière, puisqu'il n'appelle l'époux survivant qu'à défaut d'enfants et de parents naturels [2].

L'autorité paternelle a été relevée par le Code Napoléon de l'abaissement où l'avaient placée les lois de la Révolution; mais à notre avis, l'effort n'a pas été complet [3], la majorité reste fixée

[1] Art. 338, 756, 757 et 761 Code Napoléon.

[2] Voir M. Demolombe, t. II, *Des successions*, n. 175 et suiv. — M. Sauzet, p. 210, 2e éd., *Rome devant l'Europe*. Ces auteurs regrettent le douaire pour la femme survivante; le dernier signale aussi les singularités de l'article 1094 du Code Napoléon.

[3] « L'abaissement du mariage devait nécessairement influer sur la puissance paternelle. L'ancien droit lui avait rendu hommage : peut-être en avait-il exagéré la force. La loi nouvelle devait tenir un sage milieu. Ce n'était plus le temps de la vigoureuse et quelquefois tyrannique omnipo-

à vingt et un ans, et nous regrettons que l'on n'ait pas rétabli l'ancienne majorité de vingt-cinq ans. Voici, du reste, comme Portalis justifiait cette nouveauté : « Dans le cours de la révolution, la majorité a été fixée à vingt et un ans. Nous n'avons pas cru devoir réformer cette fixation que tant de raisons peuvent motiver. Dans notre siècle, mille causes concourent à former plus tôt la jeunesse ; trop souvent même elle tombe dans la caducité au sortir de l'enfance. L'esprit de société et l'esprit d'industrie, aujourd'hui si généralement répandus, donnent un ressort aux âmes, qui supplée aux leçons de l'expérience et qui dispose chaque individu à porter plus tôt le poids de sa propre destinée. »

Toutefois, les rédacteurs du Code ont exigé le consentement des père et mère pour le mariage du fils jusqu'à l'âge de 25 ans, et à tout âge l'enfant doit requérir le *conseil* de ses père et mère.

Le droit de correction a été rendu au père ou à la mère avec de sages précautions que la raison approuve, mais l'autorité du père ou de la mère est énervée dès l'âge de dix-huit ans par la perte de la jouissance légale des biens personnels de l'enfant. Quand on recherche la cause de cette disposition, on ne trouve que les motifs suivants, donnés par Réal, conseiller d'Etat, et répétés par le tribun Vesin : « Si les pères jouissaient des biens de leurs enfants jusqu'à la majorité de ces derniers, on aurait à craindre que, pour se conserver cet avantage dans toute son étendue, ils ne se refusassent à consentir à une émancipation ou à un mariage dont pourrait dépendre le bonheur et la fortune de leurs enfants. »

Ainsi, c'est toujours introduire des dispositions de lois contre les calculs de quelques mauvais pères de famille sans se préoccuper de l'intérêt de la grande majorité de ceux qui savent allier la bonté à une juste sévérité.

La disposition de l'article 374 était encore une exception in-

tence qui fit l'énergie de la société romaine; c'était bien moins encore celui de la dégradation où l'avaient jetée ces jours néfastes qui perdaient l'ordre et la liberté en déclarant la guerre à toute autorité et en s'attaquant de préférence aux plus saintes.

« Le Code Napoléon la releva de cet anéantissement qui détruisait la famille, mais il ne lui tendit pas une main assez énergique pour la replacer au niveau de cette sage et efficace dignité que se sont empressées de lui maintenir ou de lui rendre les civilisations les plus avancées de nos temps modernes. » Sauzet, même ouvrage, p. 192, 2e éd.

spirée par les malheurs du temps. Celui qui ne pouvait toucher à la moindre parcelle de sa fortune avait le droit de s'enrôler volontairement, malgré l'autorité paternelle.

B. Les rédacteurs du Code avaient à régler la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, et ce n'était pas le plus facile de la tâche qui leur était imposée [1].

Ils étaient en présence de trois systèmes que nous avons successivement analysés.

Dans les pays de droit écrit, le testament était le principe, la succession *ab intestat* l'exception; celle-ci était régie par les novelles 118 et 127. Cette législation est très-bien appréciée par M. Sauzet [2]: « Les pays de droit écrit avaient généralement gardé la simplicité du dernier droit romain, où Justinien, inspiré par le souffle divin de l'équité chrétienne, fit prévaloir les droits de la nature et de la vraie civilisation sur la force jalouse et quelquefois aveugle des institutions politiques.

« Les droits du sang reconnus, l'égalité entre les lits, les âges et les sexes, l'affection présumée devenue le seul interprète de ce testament tacite que la loi substitue au testament exprès, si cher au pays de droit écrit; nulle distinction de ligne et d'origine dans les personnes et dans les biens, une seule hérédité, un seul ordre d'héritiers, une seule règle de préférence, enfin la loi de la nature consacrée par le texte de la loi positive, telle fut dans les pays de droit écrit la règle dominante des successions. »

Dans les pays de coutume, la succession *ab intestat* était la règle, et le testament l'exception. Le même auteur continue : « La plupart de nos coutumes s'étaient inspirées d'un principe différent. Fidèles gardiennes d'autres institutions politiques qui ont montré aussi leur grandeur, plus préoccupées de la conservation des biens dans les familles que du culte des affections individuelles, elles avaient surtout considéré l'origine des biens pour déterminer l'attribution aux personnes. Chaque famille en s'alliant gardait son droit, et la célèbre règle : *Paterna paternis* devint la charte des pays de coutume. »

[1] Voir, sur ce point, les paroles de Portalis dans le discours préliminaire; elles se ressentent encore des doctrines en vigueur durant le dix-huitième siècle.

[2] *Rome devant l'Europe*, p. 203, 2e éd.

Se présentait enfin le système de la loi de nivôse que nous avons apprécié précédemment.

Le Code donna d'abord la priorité à la succession *ab intestat* sur la succession testamentaire ; il suivit sur ce point les traditions coutumières.

Dans l'article 732, il proclame comme principe que la loi ne recherche ni *la nature* ni *l'origine des biens*, se rapprochant ainsi tout à la fois de la novelle 118 et de la loi de nivôse, dont l'article 62 était reproduit presque textuellement.

Pour régler les droits de succession de la ligne directe descendante, il adopta les règles sages et justes et de la novelle 118 et de la loi de nivôse en répudiant toutes les inégalités des pays de droit coutumier.

La succession est déférée à tous les enfants et descendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, sur la base de la plus complète égalité. La représentation est admise à l'infini.

Ces principes ont reçu une approbation unanime, et ce sont là, en effet, des dispositions légales que les mœurs ont consacrées de plus en plus.

Dans la ligne ascendante et collatérale, l'égalité est encore la règle, et la représentation n'est admise en ligne collatérale que par les descendants de frères et sœurs. On évite ainsi, disait Portalis, « les morcellements ridicules dans le partage des biens.»

Mais une disposition de notre loi successorale a été l'objet d'une vive critique. C'est celle qui résulte de l'article 733 du Code Napoléon, autrement dit la division des biens entre les deux lignes paternelle et maternelle, quand la succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux.

On a dit que « le système adopté par le Code a le défaut de n'avoir aucun but déterminé, aucun esprit qui lui soit propre et de réunir les inconvénients reprochés aux deux premiers sans présenter aucun de leurs avantages [1]. »

M. Demolombe s'est, au contraire, porté le défenseur du système introduit dans le Code Napoléon [2].

Nous regrettons, pour notre compte, celui de la novelle 118. Il nous semble que, du moment où on abandonnait la règle : *Paterna*

[1] Toullier, t. I, n. 148. — Voir, dans le même sens, Malleville, t. II, p. 182, et M. Sauzet, dans l'ouvrage déjà cité, p. 204, 2e éd.

[2] *Traité des successions*, t. I, n. 380.

paternis, materna maternis, il fallait mieux s'en tenir à l'affection présumée du défunt, en consacrant un droit de succession au profit de l'époux survivant et en abolissant, comme l'a fait le Code, le privilége du double lien.

Jamais, à nos yeux, on ne pourra justifier un système qui appelle tout à la fois le père du défunt et un parent du douzième degré avec des droits égaux, au moins quant à la nue propriété.

Le testament ne vient qu'après la succession *ab intestat.* Mais, quel qu'eût été le point de vue des rédacteurs du Code sur le droit de tester, il faut reconnaître qu'ils l'ont accordé avec une grande latitude. On peut dire, avec un grand orateur : « L'esprit et le texte de notre législation manifestent un profond respect pour les volontés testamentaires, grande consécration du droit de propriété, de la liberté et de la dignité de l'homme dans l'ordre social [1]. »

Toutefois, le législateur, suivant en cela les principes mêmes du droit romain, devait, dans certains cas, imposer une limite à la liberté testamentaire ; il l'a fait en accordant une réserve à la ligne directe descendante et ascendante, et il a eu le tort de ne pas restreindre la quotité disponible au moins en faveur des frères et sœurs et descendants de frères et sœurs.

L'autorité paternelle est-elle désarmée par suite des dispositions du Code Napoléon relatives aux libéralités entre vifs et testamentaires ?

Disons de suite que la quotité disponible peut être laissée par préciput et hors part à l'un des enfants [2]. Cette disposition empruntée à la loi de germinal, est une réaction favorable à l'autorité paternelle contre les lois de la révolution ; elle lui permet d'avantager un bon fils en réduisant le mauvais à la réserve. Mais le disponible du père de famille est-il suffisamment élevé ?

Des auteurs ne le pensent pas [3] ; nous n'adopterons pas cet avis ; il nous paraît seulement que le Code est incomplet, en

[1] Berryer, affaire de Montreuil C. Mgr de Dreux-Brézé.

[2] Art. 919 Cod. Nap.

[3] M. Sauzet, p. 193 et 257, 2e éd., *Rome devant l'Europe*, dit : « La loi ne laisse plus au père d'autres garanties qu'une disponibilité très-inférieure aux limites adoptées par la plupart des législations contemporaines... Le Code voulut ménager les souvenirs de la révolution, et n'osa pas rétablir l'autorité paternelle dans la pleine latitude de son ancienne liberté. »

ne permettant pas au père de famille de réduire l'enfant prodigue et débauché à l'usufruit de cette réserve, et de laisser la nue propriété à tous les descendants nés et à naître, sans distinction.

Dans les pays de droit écrit, le père pouvait exhéréder entièrement les enfants, mais il fallait que les causes de l'exhérédation fussent légales et prévues par la novelle 115.

Dans les pays de coutume, on avait adopté les mêmes principes[1].

Mais on rencontrait dans notre ancien droit une autre exhérédation, à notre avis, préférable, l'*exhérédation officieuse*.

Si le fils était prodigue, le père pouvait le réduire à l'usufruit de sa portion héréditaire, pourvu qu'il disposât de la nue propriété au profit des enfants de ce fils, ou bien encore il pouvait laisser à ce fils sa portion héréditaire en le grevant de substitution au profit de ses enfants.

Cette disposition, que l'on appelait *exhérédation officieuse*, s'appuyait sur la loi 16, § 2, *De curat. fur.* au Digeste.

Ricard[2] disait : « Nous avons pourtant reçu la disposition de la loi pénultième D. *De curator. furios.* Nous permettons aux pères de faire les arbitres dans leurs familles, et qu'un père et une mère pour le mauvais ménage de leur fils, dont on croit facilement leur jugement en cette rencontre, puissent ordonner qu'il se contentera de l'usufruit de la portion qui lui doit appartenir en leurs biens, pourvu qu'ils disposent de la propriété au profit des enfants de leur fils. Contre cette disposition on n'écoute pas le fils qui implore le secours de la loi et demande la légitime. Je l'ai vu juger ainsi par arrêt donné en l'audience de la Grand'Chambre, le 9 avril 1647. »

Merlin[3] ajoute : « Il y a une autre espèce d'exhérédation qu'on appelle *officieuse;* elle diffère de l'autre en ce qu'elle est moins une peine qu'une sage précaution d'un père qui veut assurer la subsistance à son fils dissipateur et faire passer ses biens à ses petits-enfants. Elle est autorisée par le paragraphe 2 de la loi 16 D. *De curat. fur.* qui porte : *Potuit pater et alias providere ne-*

[1] Voir Pothier, *Traité des successions*, chap. I, art. 4, § 1, quest. 1; Merlin, *Répertoire*, v° EXHÉRÉDATION.

[2] *Traité des donations*, III^e partie, chap. VIII, sect. X, n. 1139.

[3] *Répertoire*, v° EXHÉRÉDATION, § 7.

potibus suis, si eos jussisset heredes, et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.

« Trois conditions, comme on le voit par ce texte, sont requises pour la validité de l'exhérédation officieuse ; il faut : 1° que le père institue héritiers ou légataires universels ses petits-enfants ; 2° qu'il donne des aliments à son fils ; 3° qu'il exprime la cause de l'exhérédation..... Il faut encore que la dissipation du fils soit prouvée. »

Du temps d'Argou, les créanciers du père pouvaient, nonobstant les dispositions du grand-père, obtenir contre les petits-enfants distraction à leur profit de la légitime de leur père ; mais cet auteur blâmait énergiquement et avec raison cette jurisprudence [1] : « Parmi nous, dit-il, par un usage très-abusif, lorsque le fils est déshérité ou que ses biens sont substitués pour cause de dissipation, on laisse la légitime franche et libre à ses créanciers, comme s'ils méritaient quelque faveur et s'ils n'étaient pas, au contraire, coupables de la corruption de ce malheureux, dont ils ont fomenté les débauches en lui prêtant trop facilement de l'argent. Les Romains avaient plus de soin de leurs esclaves que nous n'en avons de nos enfants. Ils punissaient les corrupteurs de leurs esclaves, et nous récompensons ceux des enfants de famille, jusqu'à donner atteinte à la sage disposition du père pour payer les créanciers de ce qu'ils ont prêté ou avec malice, ou du moins avec beaucoup d'imprudence : car, tant qu'un père est vivant, nul ne peut mieux connaître que lui les besoins de sa famille ; et ceux qui prêtent à ses enfants sans son consentement n'en sauraient jamais donner de cause raisonnable. »

Ces sages paroles furent entendues, et le Parlement de Paris refusa aux créanciers le droit d'obtenir la légitime, et cela avec d'autant plus de raison que leur débiteur n'avait pas le droit de se plaindre de l'exhérédation officieuse [2].

Les rédacteurs du projet de Code avaient voulu introduire ces sages dispositions si nécessaires pour sanctionner l'autorité du père de famille. Voici, en effet, ce que portaient les articles 15 et suivants du chapitre III du titre VIII, *De la puissance paternelle :*

[1] *Instit. au droit français*, liv. II, chap. XX.

[2] Voir Vernet, *Quotité disponible*, p. 217.

« ART. 15. Les père et mère ne peuvent exhéréder leurs enfants ; mais, lorsqu'un enfant marié et qui a des descendants se livre à une dissipation notoire, le père ou la mère peut, *pour l'intérêt même de cet enfant et de sa postérité*, léguer, par une disposition officieuse, aux descendants de leur enfant dissipateur l'entière propriété de sa portion héréditaire, et réduire ce dernier au simple usufruit de ladite portion.

« ART. 16. La disposition officieuse ne peut être faite que par acte testamentaire.

« La cause y doit être spécialement exprimée ; elle doit être juste, et encore subsistante à l'époque de la mort du père ou de la mère du disposant.

« ART. 17. La disposition officieuse ne peut être faite qu'au seul profit des descendants de l'enfant dissipateur.

« ART. 19. L'usufruit laissé à l'enfant dissipateur peut être saisi par les créanciers qui lui ont fourni des aliments depuis sa jouissance.

« Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à l'ouverture de la succession, ne peuvent saisir l'usufruit, si ce n'est dans le cas où il excéderait ce qui peut convenablement suffire à la subsistance de l'enfant dissipateur. »

Les rédacteurs du Code prirent une autre voie pour atteindre le but qu'on se proposait. Dans l'article 1048 du Code Napoléon, on autorisa exceptionnellement le père et la mère à grever de substitution la quotité disponible au profit des enfants nés et à naître de celui de leurs enfants dont les dispositions, l'inconduite ou l'incapacité les inquiètent.

« Ce nouveau moyen, dit M. Demolombe [1], est, comme on le voit, tout différent de la *disposition officieuse*.

« On peut dire, il est vrai, qu'il a l'avantage de respecter et de garantir de toute atteinte la réserve des enfants, puisqu'il n'affecte que la quotité disponible.

« Mais il soulève, sous d'autres rapports, une objection très-sérieuse, car cette quotité disponible ne peut être assurée à l'un des enfants qu'au préjudice des autres ; et il arrive ainsi que la dissipation et la prodigalité peuvent devenir des titres à la libéralité des père et mère ; de telle sorte que l'enfant paresseux et

[1] *Puissance paternelle*, n. 288.

débauché serait, à raison même de son inconduite, plus favorisé que l'enfant rangé et laborieux. »

« C'est avec regret, dit aussi Toullier [1], qu'on a vu retirer aux pères de famille un pouvoir dont ils abusaient si rarement, un pouvoir si nécessaire pour maintenir la puissance paternelle, pour contenir dans l'obéissance des enfants rebelles ou ingrats. »

M. Sauzet dit encore [2] : « La loi achève de désarmer l'autorité paternelle en supprimant jusqu'à l'ombre du droit d'exhérédation. Les cas même les plus graves n'ont pas suffi. On a maintenu quelques motifs d'indignité pour punir les attentats commis contre la personne du père ; mais le père, que la loi venge, ne peut jamais venger lui-même la loi. C'est entre son fils et lui une affaire d'injures privées..... Celui que la justice du pays aura puni comme malfaiteur, la fille publiquement dégradée, viendront s'asseoir en paix sur la tombe et l'hérédité paternelles. Ce sont là des crimes que la loi frappe ou des hontes que la société flétrit ; mais le père devra les subir, et le législateur le forcera à laisser son patrimoine et le titre même d'héritier à l'enfant sacrilége qui aura déshonoré son nom [3]. »

C. Donations entre vifs. Le Code Napoléon a imposé le rapport des dons entre vifs à tout héritier quelconque, descendant, ascendant ou collatéral, venant à la succession. Le don est toujours présumé fait en avancement d'hoirie, et le législateur pense que le disposant qui ne s'est pas expliqué a voulu maintenir l'égalité entre ses cohéritiers, tout en avantageant pendant sa vie le donataire favorisé des revenus de la chose donnée [4] ; mais le don peut être fait par *préciput et hors part*. Dans ce cas, le rapport n'est pas dû par le donataire [5].

Les rédacteurs du Code, en ce qui concerne les dispositions

[1] T. V, n. 521. L'auteur cite M. Malleville.

[2] *Rome devant l'Europe*, 2e éd., p. 193.

[3] Dans un sens contraire, on peut consulter M. Vernet, *De la quotité disponible*, p. 335. Cet auteur invoque le scandale que donnerait la vue des créanciers du prodigue ne pouvant se faire payer, en face de l'opulence de leur débiteur. Argou, dans le passage précédemment cité, avait répondu d'avance à cette objection. L'expérience prouve que les créanciers sont très-souvent complices des fautes des enfants. D'ailleurs, le projet de Code avait fait, sur ce point, tout ce qui était raisonnable.

[4] Art. 843 Code Napoléon.

[5] Art. 843, 844 et 919 Code Napoléon.

entre vifs, ont donc adopté les sages dispositions des pays de droit écrit et des coutumes *préciputaires*. Ils ont répudié le principe des coutumes dites *d'option*, qui plaçaient le donataire dans l'alternative de rapporter en venant à la succession ou de s'affranchir du rapport même en renonçant.

A plus forte raison, il a répudié l'héritage des coutumes d'égalité parfaite et des lois révolutionnaires; le rapport enfin est introduit dans toutes les lignes sans distinction, descendante, ascendante ou collatérale.

Sur tous ces points, les dispositions du Code ont recueilli l'unanimité des suffrages.

Legs. — Les rédacteurs du Code étaient placés en présence de deux législations distinctes. Dans les pays de droit écrit, on admettait que, du moment où un legs était fait à un héritier, le testateur avait entendu léguer par préciput à cet héritier, et cette présomption est très-fondée. Dans les pays de coutume, l'égalité avait fait admettre l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire.

Le Code a répudié cette tradition accueillie par la loi de la révolution; mais, au lieu d'en revenir à l'idée romaine et de voir dans le testateur qui fait un legs à l'un de ses héritiers *ab intestat* la volonté bien arrêtée de l'avantager par préciput, l'article 843 dispose que « *l'héritier ne peut réclamer le legs à lui fait par le défunt*, A MOINS QUE LE LEGS NE LUI AIT ÉTÉ FAIT PAR PRÉCIPUT ET HORS PART, OU AVEC DISPENSE DU RAPPORT. »

Nous n'essayerons pas de justifier une disposition qui n'a sa raison d'être ni en théorie, ni en pratique. Ainsi, un père a des enfants dont l'un suit la carrière des armes, l'autre étudie le droit, il lègue ses livres de droit à ce dernier; s'il n'a pas eu soin d'indiquer dans son testament que le legs a été fait *par préciput et hors part*, la disposition ne produira pas son effet. Est-il possible de justifier un pareil résultat [1] ?

Dettes. Le rapport des dettes est aussi mentionné dans le Code [2].

Quant au principe de ce rapport, les auteurs ne sont pas d'accord. Les uns rattachent le rapport des dettes à celui des

[1] *Sic*, M. Demolombe, t. IV, *Des successions*, n. 164.

[2] Art. 829 Code Napoléon.

donations; les autres, au contraire, y voient un rapport spécial [1].

Le rapport des donations, des legs, des dettes n'est pas dû quand il y a lieu à la succession testamentaire. Ainsi les légataires universels peuvent être légataires particuliers et donataires, sans que le rapport soit dû. La réforme de Justinien a été repoussée par les rédacteurs du Code.

Nous avons vu que les coutumes assujettissaient au rapport ceux qui n'étaient pas *personnellement* donataires, toutes les fois qu'il y avait interposition de personnes ou même que l'héritier avait profité de la libéralité. Cette théorie engendrait beaucoup de difficultés.

Le projet de Code l'avait répudiée en partie et adoptée pour une autre partie. Il s'exprimait ainsi :

« ART. 162. L'héritier n'est tenu de rapporter *que le legs qui lui a été fait personnellement.*

« ART. 163. Le père ne rapporte point le don fait à son fils non successible. »

« ART. 164. Le fils qui vient de son chef à la succession du donateur ne rapporte point le don fait à son père, soit qu'il ait accepté la succession de celui-ci, soit qu'il y ait renoncé. »

On rejetait donc, dans ces divers cas, les *rapports pour autrui*. Pour être tenu de cette obligation, il fallait avoir été personnellement donataire ou légataire.

L'article 167 reproduisait, au contraire, les anciennes distinctions. « Lorsqu'il a été fait un don à l'un des deux époux qui n'est point successible, le rapport n'a lieu, de la part de l'époux successible, que dans le cas où il profite du don, et pour la portion dont il en profite par l'effet de la communauté, et selon les règles établies au titre : *Des droits des époux*.

« Si la communauté est encore subsistante au jour de l'ouverture de la succession, et qu'il soit incertain si l'époux successible profite ou non par effet de la renonciation ou acceptation de la femme, le rapport n'a lieu que provisoirement. »

La section de législation proposa un système uniforme, et au lieu de l'article 167 elle présenta la rédaction suivante : « Ces

[1] Demolombe, t. IV, *Des successions*, n. 452 et suiv.; Labbé, *Revue pratique*, 1859, t. VII, p. 476 et suiv.

dons et legs faits au conjoint d'un époux successible ne sont pas rapportables.

« Si les dons et legs sont faits conjointement à deux époux, dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié ; si les dons sont faits à l'époux successible, il les rapporte en entier. »

La rédaction de ces articles n'eût offert aucune difficulté, et la doctrine eût pu être formulée de la manière suivante : 1° pour être assujetti au rapport, il fallait être personnellement donataire ou légataire ; bien que l'on eût profité de la libéralité, si cette qualité manquait, on était affranchi de cette obligation ; 2° si l'on était personnellement donataire, on était astreint au rapport, bien que peut-être on n'eût pas profité de la libéralité. C'était un système simple et ramené à des principes faciles à comprendre.

A notre avis, le Code a reproduit ce système dans les articles 847, 848 (Ire partie) et 849 ; mais les premiers alinéa de 847 et 849 ont donné lieu à une difficulté qui disparaît quand on étudie la discussion.

Sur le nouvel article 167, Tronchet soutenait que cet article pouvait donner lieu à des fraudes. « Le père, disait-il, qui voudrait avantager un enfant au préjudice des autres, pourrait, si cet enfant était marié et en communauté, donner à l'autre conjoint. L'enfant préféré prendrait ensuite la moitié du don, à titre de partage de communauté. » Puis Tronchet rappelait la disposition du projet de Code.

Treilhard répondit « que la section avait cru cette règle inutile, attendu que le père n'a pas besoin de marquer l'avantage qu'il veut faire au conjoint successible, puisqu'il peut ouvertement le dispenser du rapport. »

Cette observation était péremptoire et devait faire tomber la discussion. En effet, Tronchet en était resté au principe de la coutume de Paris, qui empêchait le père d'avantager l'un de ses enfants, soit directement, soit indirectement, et Treilhard, qui avait parfaitement saisi le principe nouveau introduit dans le Code et qui permettait au donateur de dispenser du rapport, répondait victorieusement à Tronchet : « Sous une législation qui permet la dispense du rapport, on ne peut pas présumer que le disposant a pris une voie détournée, en interposant une per-

sonne, puisqu'il a ouvertement dispensé le donataire du rapport. »

Cependant Tronchet prétendit qu'il valait mieux exprimer la présomption qu'il y avait dispense du rapport.

C'est alors qu'on introduisit dans les deux articles 847 et 849 ces expressions : *sont toujours réputés faits avec dispense du rapport*. Elles signifient seulement que si, à toute force, on voulait voir dans les cas prévus une interposition de personnes, l'objection tomberait, parce que *les donations sont présumées faites avec dispense du rapport.*

C'est là un souvenir maladroit de l'ancienne législation [1], mais Treilhard, dans l'exposé des motifs, a bien indiqué le caractère de ces articles : « De nombreuses difficultés s'élevaient autrefois sur les questions : si un fils devait rapporter ce qui avait été donné à son père, un père ce qui avait été donné à son fils, un époux ce qui avait été donné à l'autre époux ; *mais la source de toutes ces contestations est heureusement tarie.* Les donations qui n'auront pas été faites à la personne même de l'héritier, seront toujours réputées faites par préciput, à moins que le donateur n'ait exprimé une volonté contraire. »

M. Demolombe, qui a traité ces questions avec un grand développement et beaucoup d'intérêt [2], dit avec raison : « Qu'est-ce en effet, finalement, que le législateur a voulu par les articles 847 à 849 ? Une seule chose ! Il a voulu abroger l'ancienne doctrine *des rapports pour autrui !*..... Si la modification qui a été faite à cette formule (celle du projet), d'après l'observation de Tronchet, n'a changé, en aucune manière, cette pensée fondamentale du projet ; et si on a ajouté que le don fait au fils successible était présumé fait avec dispense du rapport, c'est seulement afin d'abroger plus sûrement l'ancien droit..... Le législateur nouveau repousse toutes ces allégations, en déclarant que ces dons n'en seront pas moins toujours, sous le nouveau droit, *réputés faits avec dispense du rapport.* »

Nous n'avons plus dans notre droit qu'un seul cas *de rapport pour autrui*, c'est celui prévu dans la deuxième partie de l'article 848. « Le fils venant, *par représentation*, à la succession

[1] On peut signaler encore les expressions *sans fraude* de l'article 854. Voir M. Demolombe, n. 367, t. IV, *Des successions.*

[2] T. IV, *Des successions*, n. 189.

du donateur, est tenu de rapporter le don fait à son père, soit qu'il ait accepté la succession du donataire, soit même qu'il l'ait répudiée. »

Cette exception reproduit la doctrine de Pothier.

Sur tous les autres points du rapport, le Code a reproduit les principes enseignés par le même jurisconsulte, nous n'avons donc pas à les rappeler ; il ne reste plus qu'à signaler les dispositions de l'article 1573 du Code Napoléon, ainsi conçu : « Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art ni profession, lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari, pour s'en faire rembourser.

« Mais, si le mari n'est devenu insolvable que depuis le mariage ;

« Ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de bien ;

« La perte de la dot tombe uniquement sur la femme. »

Cette disposition était, comme nous l'avons vu, suivie en France, dans les pays de droit écrit et, elle devait son origine à la novelle 97, que nous avons rappelée dans la première partie de ce travail.

Il est certain que l'article 1573 s'applique au cas où la fille est mariée sous le régime dotal, mais la controverse existe pour le cas où elle s'est mariée sous tout autre régime [1].

TROISIÈME SECTION. — Lois postérieures au Code Napoléon.

A. En ce qui concerne l'organisation de la famille, nous rencontrons d'abord la loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce.

On a parfois reproché à la Restauration d'avoir manifesté par cette loi son esprit de réaction et d'intolérance religieuse.

Rien de plus injuste que ce reproche. Les travaux préparatoires prouvent que le législateur de 1816 avait parfaitement aperçu le véritable côté de la question. D'après lui, le catholicisme, en introduisant le dogme de l'indissolubilité du mariage, avait en même temps promulgué un précepte d'un intérêt social.

On lit notamment dans le rapport de M. de Trinquelague, député du département du Gard, sur la proposition de M. de

[1] Voir M. Demolombe, *Traité des successions*, t. IV, n. 210.

Bonald tendant à l'abolition du divorce [1] : « La religion ne s'opposât-elle pas au divorce, l'intérêt de l'Etat le repousserait encore.

« L'Etat se forme de la réunion des familles ; tout ce qui nuit à la famille, tout ce qui en altère l'union, en détériore les sentiments, en provoque la dissolution, nuit donc essentiellement à l'Etat..... L'intérêt de l'Etat veut donc que le mariage soit honoré, que les liens qu'il forme soient maintenus et respectés ; l'admission du divorce les brise ou les relâche tous. »

Ces motifs parurent tellement solides, qu'à la Chambre des pairs la résolution pour inviter le roi à proposer la loi abolitive du divorce fut votée à la majorité de 113 voix sur 125 votants [2].

Aussi, en 1832 et en 1848, deux tentatives pour rétablir la loi du divorce échouèrent, et c'est le cas de dire, avec Mgr l'évêque d'Orléans :

« Et en 1848, comme en 1832, on l'a vainement tenté (rétablissement du divorce) : les vrais hommes d'Etat, tous les législateurs dignes de ce nom, tous les grands jurisconsultes ont résisté ; et, dégageant la question des bornes étroites où de vulgaires esprits, c'est le moins qu'on en puisse dire, essayaient de la rétrécir, ils ont fait comprendre au pays que les considérations sociales les plus hautes et le droit humain le plus fort concluaient, bon gré mal gré, au dogme de l'indissolubilité proclamée par Jésus-Christ [3]. »

Il y a donc chose jugée au profit de la loi du 8 mai 1816, et il n'est pas probable qu'un gouvernement régulier vienne jamais en proposer l'abolition [4].

[1] *Moniteur* du 23 février 1816.

[2] *Moniteur* du 27 mars 1816.

[3] *Mariage chrétien*, CORRESPONDANT, 1857, t. IV, nouvelle série.

[4] Aussi, nous comprenons que la jurisprudence des Cours impériales ne permit pas en France le mariage d'un étranger divorcé conformément à sa loi personnelle, si le premier conjoint existait encore. M. Demangeat (sur Fœlix, p. 67, en note) dit très-bien : « Cette tendance se justifie par l'idée que le divorce a quelque chose de contraire à l'ordre public, *qui, en effet, paraît bien avoir été la pensée des auteurs de la loi du 8 mai* 1816. » Après un réquisitoire de M. Dupin, la Cour de cassation a cru devoir abandonner cette jurisprudence. Du reste, un article de M. Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Brignoles (Var), inséré dans la *Revue*

Il faut ajouter que les efforts du vénéré M. Demante ont été couronnés de succès, et que la loi du 6 décembre 1850 a enlevé un des principaux inconvénients de la séparation de corps.

Nous signalerons encore une loi toute récente, comme ayant réalisé un grand progrès ; nous voulons parler de celle du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile. Dorénavant, le mariage ne sera plus dissous par cette peine, qui est rayée de nos Codes.

L'autorité paternelle fut reconnue, par la loi du 21 mars 1832 (art. 32, 5°), en ce que l'enfant âgé de moins de vingt ans ne pût s'engager volontairement, sans le consentement de ses père et mère.

B. En ce qui concerne les successions *ab intestat* et testamentaire, aucune modification n'a eu lieu [1].

Nous rappellerons seulement le projet de loi présenté en 1826 et connu sous le nom de loi relative *au droit d'aînesse*.

Voici le texte du projet tel qu'il est rapporté au *Moniteur* [2].

« ARTICLE 1er. Dans toute succession déférée à la ligne directe descendante, et payant 300 francs d'impôt foncier, si le défunt n'a pas disposé de la quotité disponible, cette quotité sera attribuée, à titre de préciput légal, au premier-né des enfants mâles du propriétaire décédé.

« Si le défunt a disposé d'une partie de la quotité disponible, le préciput légal se composera de la partie de cette quotité dont il n'aura pas disposé.

« Le préciput légal sera prélevé sur les immeubles de la succession et, en cas d'insuffisance, sur les biens meubles. »

Il faut bien le reconnaître : cette loi n'eût pas été contraire à l'autorité paternelle, puisque le père de famille pouvait enlever la quotité disponible à l'aîné des enfants mâles, mais elle eût été opposée à l'égalité en matière de succession *ab intestat*.

Ce projet avait donc le tort de blesser le principe d'égalité, chez une nation qui est à cet endroit d'une extrême susceptibi-

critique (t. XVII, p. 250), article énergiquement opposé au divorce, nous a appris que M. Legouvé, auteur d'une *Histoire morale des femmes*, réclamait le divorce au nom de la morale !

[1] Les lois sur les majorats et les substitutions ne rentrent pas dans notre sujet, même indirectement.

[2] *Moniteur* du 8 avril 1826.

lité ; le gouvernement ne put atteindre son but, et il eut beaucoup à souffrir de cette tentative maladroite [1].

M. Sauzet [2] dit très-bien : « Je n'aime pas le droit légal d'aînesse qui énerve l'autorité paternelle ; j'aime bien moins encore le droit de masculinité, qui blesse l'égalité fraternelle par les exclusions au profit de la force, sans même assurer un centre à la famille et un protecteur à la faiblesse.

« Les préférences imposées par la loi sont une atteinte à l'égalité ; mais l'égalité imposée au père est une atteinte à la liberté.

« Dans les institutions civiles, comme dans les institutions politiques, l'excès de l'égalité perd toujours la liberté.

« Large liberté au père de famille quand il a parlé, stricte égalité quand il a gardé le silence, c'est ainsi que j'entendrais pour ma part concilier le droit de propriété et la conservation de la famille, l'autorité du père et l'intimité fraternelle, les traditions patriarcales et la sublime équité de l'Évangile. »

C. La législation sur les rapports ne reçut aucune atteinte.

APPENDICE.

Arrivé au terme de nos recherches, nous croyons devoir prévenir des critiques que l'on pourrait adresser à notre travail.

En premier lieu, n'avons-nous pas trop étendu notre cadre, et à propos de la théorie du rapport n'avons-nous pas, mal à propos, traité d'autres questions étrangères à ce sujet ?

Nous répondrons que la législation sur le rapport est influencée par les idées admises, tant sur l'organisation de la fa-

[1] Le *Moniteur* (voir, entre autres, celui du 9 avril 1826) mentionne les nombreuses pétitions que recevait la Chambre des députés contre le projet de loi. — Voir aussi (*Moniteur* du 11 avril 1826) le rapport du marquis de Malleville, fils du rédacteur du projet de Code, rapport favorable au projet. Nous avons été fâché de trouver dans un ouvrage sérieux (Vernet, *Quotité disponible*), ce passage, qui n'est plus de la discussion : « Vainement, le gouvernement de la Restauration, *pour avoir vaincu par l'ennemi*, croit pouvoir rétablir le droit d'aînesse, empiéter sur la sécularisation de la législation : il disparaît avec son *impopularité d'origine*, et *son passé d'iniquités désormais impossibles*. » Si M. Vernet a raison, je puis dire que mes pères m'ont bien menti, et que mes souvenirs d'enfance m'ont bien trompé.

[2] *Rome devant l'Europe*, 2e éd., p. 252.

mille que sur les successions *ab intestat* et testamentaire, et tout le monde sait que ces lois se ressentent de l'organisation sociale du pays qu'elles régissent.

Dans notre première partie, nous avons démontré, du moins nous l'espérons, que la *collatio bonorum* ne saurait se comprendre sans connaître l'organisation de la famille romaine et les lois successorales.

Dans notre droit actuel, si les rapprochements sont moins accentués, ils n'en sont pas moins certains.

On pourrait, en second lieu, soutenir que nous avons trop allongé notre travail en citant les auteurs souvent *in extenso*.

La réponse nous est facile. Nous sommes trop heureux de voir des idées que nous croyons justes être partagées par d'éminents esprits et nous nous appuyons sur ces autorités, qui donnent de la force à nos paroles.

D'ailleurs, combien d'auteurs, et de ceux réputés les meilleurs, profitent du bien d'autrui sans avoir la franchise d'indiquer la source où ils ont puisé : mieux vaut ne pas dissimuler que l'on n'a été presque toujours que le rapporteur des bonnes choses qui ont été dites ailleurs.

G. DE CAQUERAY,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

CODE GÉNÉRAL DE COMMERCE ALLEMAND.

(*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.*)

TROISIÈME ARTICLE[1].

Livre II. Des sociétés de commerce (articles 85-249). — Livre III. Des sociétés tacites et des associations pour faire des actes de commerce pour compte commun (articles 250-270).

On ne saurait faire au législateur allemand le reproche adressé au Code de commerce français, de ne contenir sur les sociétés que des têtes de chapitre[2]. Le nouveau Code entre dans les détails les plus minutieux, pour règler les différentes formes d'association que les parties peuvent adopter.

Comme il nous est impossible de reproduire toutes les dispositions du Code allemand, nous nous bornerons à en donner une analyse rapide, en les comparant à celles du Code français. Nous ne nous appesantirons que sur les sociétés en commandite par actions : elles présentent un intérêt plus particulier, à raison des graves discussions qu'a soulevées la loi française des 17-23 juillet 1856, dont le nouveau Code a adopté les principales dispositions.

Le Code allemand consacre deux livres distincts aux associations qui ont pour objet des opérations commerciales : le livre II, intitulé *Von den Handelsgesellschaften.* (Des sociétés de commerce) ; le livre III, intitulé *Von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäfte für gemeinschaftliche Rechnung.* (Des sociétés tacites et des associations pour faire des actes de commerce pour compte commun).

Le livre II s'occupe, dans trois titres : 1° de la société publique (en nom collectif); 2° de la société en commandite; 3° de la société par action (société anonyme)[3].

[1] Voir t. VI de la *Revue*, p. 467, et t. VII, p. 272.

[2] M. Rossi, cité par M. Blanche, avocat général à la Cour de cassation, dans son discours de rentrée du 4 novembre 1861.

[3] Le mot *Société par actions* est exclusivement réservé à la société anonyme. Nous verrons tout à l'heure que la société en commandite se subdivise en commandite ordinaire et en commandite par actions.

La société tacite et les associations dont s'occupe le livre III répondent à l'association en participation du droit français, depuis que la jurisprudence a reconnu, malgré d'importantes autorités, que l'association en participation peut avoir pour objet, non pas seulement quelques actes isolés, mais l'exploitation suivie d'une branche d'industrie [1].

Le Code allemand reconnaît formellement la légalité d'une pareille association et lui donne le nom de *société tacite*.

Le principe qui domine la théorie des trois sociétés de commerce dont s'occupe le livre II, c'est que la société constitue une personne morale. Ce principe qui avait trouvé d'ardents adversaires dans la Commission de Nuremberg, n'a prévalu qu'à la troisième lecture du projet. Il n'a même pas été formulé d'une manière explicite, mais le législateur a sanctionné toutes les conséquences qui en découlent.

Les associés n'ont pas la copropriété du fonds social, mais seulement le droit de demander leur part, lors de la dissolution de la société. Aussi le fonds social est-il tenu des dettes de la société par préférence à celles des associés. Il ne peut être saisi par leurs créanciers particuliers ; ils ne peuvent que provoquer la dissolution de la société, pour faire liquider la part de leur débiteur.

La société peut agir en justice, acquérir des propriétés et des créances. Elle a un domicile indépendant de celui des associés. Le débiteur de la société ne peut opposer en compensation les créances personnelles qu'il a contre les associés. Dans le cas où la société cesse ses payements, les créanciers sociaux sont payés par préférence aux créanciers particuliers.

Ces principes ont été consacrés dans les articles 111, 113, 119, 122, 126 pour la société publique ; dans les articles 164, 166 et 169 pour la société en commandite, et dans les articles 213 et 216, en ce qui concerne la société par actions.

Au lieu de présenter dans un titre préliminaire les règles générales du contrat de société, le législateur allemand donne d'abord la théorie complète de la société publique (en nom collec-

[1] Arrêts de la Chambre des requêtes des 5 juillet 1825, 18 juillet 1832, 7 décembre 1836 ; Dalloz, *Répertoire nouveau*, v° Société, n. 1607, 1608 et 421. — Rennes, 28 janvier 1856 ; Dev.-Car., 57, 2, 10.

tif) sauf à renvoyer plus tard, en traitant des autres sociétés, aux dispositions qui leur sont communes.

Le titre Ier du livre II traite en six chapitres : 1° de la constitution de la société publique ; 2° des rapports des associés entre eux ; 3° des rapports des associés avec les tiers ; 4° de la dissolution de la société et de l'exclusion d'un ou plusieurs associés ; 5° de la liquidation de la société ; 6° de la prescription des actions appartenant aux tiers contre les associés.

Le Code allemand n'exige pas que la société publique soit constatée par écrit ; mais il prescrit la publication des noms des associés, de la raison sociale, du siége social, de l'époque à laquelle la société doit commencer ainsi que des clauses qui enlèveraient à l'un des associés le droit de gestion. Cette publication se fait dans les registres du commerce et dans les feuilles publiques[1].

L'omission de la publication expose les associés à des peines de police, mais elle n'entraîne pas la nullité de la société.

Les rapports des associés entre eux sont régis par le contrat de société et, à défaut de stipulations suffisantes, par les articles 90 à 109. Les dispositions de ces articles reproduisent la plupart de celles du Code Napoléon et du Code de commerce français ; mais elles sont plus complètes. Elles s'en écartent complétement en ce qui concerne le partage des bénéfices. A la fin de chaque année, on porte à l'avoir de chaque associé les intérêts de sa mise ou de sa part dans le fonds social, calculés au taux de 4 pour 100 par an. Il n'y a de bénéfices qu'autant que ces intérêts sont couverts par le fonds social ; si le fonds social ne suffit pas pour les couvrir, la société est en perte. A défaut de stipulation contraire, les bénéfices et les pertes sont répartis par portions égales.

Les rapports des associés avec les tiers sont régis par les principes que nous avons exposés en traitant de la personnalité de la société et par ceux de la *procura* ou procuration proprement dite, établis par le livre Ier, tit. V [2].

L'associé auquel le droit d'administrer n'a pas été enlevé, soit formellement, soit implicitement par le contrat de société, a

[1] Voir sur les registres du commerce, t. VII de la *Revue*, p. 279.

[2] Voir t. VII de la *Revue*, p. 283.

les pouvoirs les plus étendus; il peut aliéner et engager les immeubles de la société. Toute convention ultérieure qui enlèverait le droit d'administrer à l'un des associés, doit être publiée dans le registe du commerce et dans les feuilles publiques. A défaut de publication, la société est tenue envers les tiers qui auraient traité avec l'administrateur révoqué, à moins qu'elle ne prouve qu'ils avaient connaissance de cette révocation. Dans le cas, au contraire, où les formalités prescrites par la loi ont été observées, c'est le tiers contractant qui est tenu de prouver qu'il ne savait pas et même qu'il ne *devait* pas savoir que la procuration avait été révoquée (art. 115). On ne peut opposer aux tiers les restrictions que le contrat de société apporterait aux pouvoirs de l'associé administrateur; ils ne peuvent être limités, ni dans leur étendue, ni dans leur durée (art. 116).

Les causes de dissolution de la société (art. 123 à 128) sont à peu près les mêmes qu'en droit français [1]. Le législateur s'est montré rigoureux, relativement à la publication de la dissolution; elle est indispensable dans tous les cas, hormis celui de faillite, alors même que la dissolution proviendrait de l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée (129).

La retraite de l'un des associés doit être également publiée. Les tiers peuvent se prévaloir du défaut de publication, à moins que les associés ne prouvent qu'ils ont agi en connaissance de cause.

Le Code allemand ne présente pas, sur la liquidation, la lacune que l'on a si justement reprochée au Code français [2]. Nous y trouvons une série de dispositions fort sagement combinées qui permettent à la société de se liquider sans entraver la conclusion des opérations commencées et sans compromettre les intérêts des créanciers sociaux.

Le législateur allemand proclame le principe que la doctrine et la jurisprudence française ont dû créer dans le silence de notre Code, à savoir : que la société se survit à elle-même, quant aux droits acquis au jour de sa dissolution, ainsi que pour les

[1] Afin de présenter le tableau complet des dispositions relatives à la commandite par actions, nous analyserons les articles 123 à 128 sous l'article 200, qui y renvoie.

[2] Discours de rentrée de M. Blanche.

opérations de la liquidation [1] (art. 144). Il donne des règles précises sur la nomination des liquidateurs et sur les pouvoirs qui leur sont conférés.

Tous les associés sont liquidateurs, à moins d'une disposition contraire de l'acte de société ou d'une convention nouvelle acceptée par tous les membres de la société. Les héritiers de l'associé décédé doivent se faire représenter par un mandataire commun. Toutefois il est permis à chaque associé de demander pour des motifs graves la nomination de liquidateurs, que le tribunal pourra prendre en dehors de la société (art. 133).

Les liquidateurs représentent la société devant les tribunaux et dans les actes extrajudiciaires ; ils peuvent *transiger et compromettre ;* aussi leurs noms doivent-ils être publiés comme l'avaient été ceux des administrateurs. Mais leur mission n'est pas la même. Ils doivent terminer les affaires commencées, payer les dettes, faire rentrer les créances, réaliser les valeurs sociales ; ils ne peuvent engager d'affaires nouvelles que si cela est indispensable à la conclusion des affaires commencées. Ils ne peuvent non plus vendre les immeubles autrement qu'aux enchères publiques, à moins que tous les associés ne consentent à une vente amiable (art. 137).

Le Code allemand admet, comme le Code français, la prescription de cinq ans, au profit des associés contre les créanciers de la société ; ces derniers ne conservent leurs droits que sur la masse qui n'est pas encore partagée (art. 146 à 149).

Le titre II du livre II, qui traite de la société en commandite, a soulevé les plus vives discussions dans le sein de la Commission de Nuremberg. Il s'agissait, en ce qui concernait la commandite ordinaire, de faire prévaloir les principes du Code français sur ceux du droit commun allemand et du *Landrecht* prussien ; quant à la société en commandite par actions, elle était inconnue dans plusieurs Etats de la Confédération, et les scandales auxquels elle avait donné lieu prédisposaient peu en sa faveur.

D'après le droit commun allemand et le *Landrecht* prussien, la société en commandite n'avait aucune existence extérieure ; le commanditaire n'était obligé que vis-à-vis de l'associé gérant qui s'engageait seul envers les tiers. La commandite était restée

[1] Voir *Traité de droit commercial* de M. Bravard, publié, annoté et commenté par M. Demangeat, p. 436 et 439.

ce qu'elle était en France avant le Code de commerce et même avant l'ordonnance de 1673 [1].

Le projet de Code présenté par la Prusse avait pris pour modèle la commandite du Code français, en vigueur dans les provinces rhénanes. Cette innovation fut tout d'abord repoussée par la Commission de Nuremberg. A la deuxième lecture du projet, on convint, pour concilier toutes les opinions et tous les intérêts, de maintenir les deux espèces de société, permettant aux parties de choisir celle qui leur conviendrait.

La Commission s'est départie de la nomenclature allemande ; elle a donné le nom de *commandite* à la société organisée suivant les principes du droit français, et celui de *société tacite*, à l'ancienne commandite allemande. La société tacite a été reléguée en dehors du livre II, intitulé *Des sociétés*, et est devenue l'objet du livre III, qui comprend également l'*Association pour faire des actes de commerce pour compte commun*.

Nous trouvons dans le rapport fait par M. Bürger à la Chambre des députés de Berlin, sur l'adoption du Code général de commerce allemand [2], un parallèle entre la société en commandite et la société tacite, qui doit nous intéresser au point de vue même du droit français, puisque la jurisprudence reconnaît la validité de l'association en participation dont l'objet n'est pas restreint à une ou plusieurs opérations isolées [3].

Voici le résumé des observations de M. Bürger : « La différence capitale, c'est que, dans la commandite, l'intention des parties est de donner une existence extérieure à la société, de telle sorte que les dettes sociales ne soient pas garanties seulement par la fortune personnelle du gérant, mais aussi par les mises des associés commanditaires, et que la société agisse sous une raison sociale. Dans la société tacite, au contraire, l'intention des parties est que l'un des associés prenne part à l'insu du public aux opérations de son coassocié, qui agit sous sa propre raison de commerce. »

[1] Voir Pothier, *Société*, n. 63. Voir, sur la transformation que la commandite a subie dans le droit français, M. Troplong, *Société*, n. 378 à 400.

[2] Le Code de commerce est en vigueur dans la monarchie prussienne depuis le 1er mars 1862.

[3] Voir *suprà*, p. 105. Nous ne voudrions pas, néanmoins, appliquer à l'association en participation du droit français *toutes* les solutions de M. Bürger relatives à la société tacite.

« Aussi la raison de commerce de la société en commandite doit consister dans le nom du gérant, avec une mention qui annonce l'existence de la société. Tout au contraire, il est interdit au commerçant qui opère pour le compte d'une société tacite d'adopter une raison de commerce qui fasse supposer l'existence d'une société. »

« La société en commandite doit être publiée dans le registre du commerce, avec l'indication des noms et des mises des commanditaires [1]. L'infraction à cette prescription de la loi n'entraîne pas seulement des peines de police contre les associés complimentaires; elle a pour conséquence de rendre les commanditaires personnellement et solidairement tenus des engagements contractés avant la publication de la société. La société tacite ne doit pas être publiée. »

« *La société en commandite a une personnalité propre et un patrimoine propre* qui est composé des mises des associés. *La société tacite n'a pas de patrimoine ;* la mise de l'associé tacite devient la propriété du gérant. »

« Dans la société en commandite, la mise des commanditaires est à l'abri des poursuites des créanciers particuliers des associés complimentaires; par contre, aucune convention ne peut la soustraire à l'action des créanciers de la société. La situation de l'associé tacite est toute différente. Dans le cas de faillite du gérant, il n'a aucun droit de préférence sur les créanciers particuliers pour obtenir la restitution de sa mise. Mais en revanche les conventions qu'il pourrait faire avec le gérant pour la restitution de tout ou partie de sa mise sont valables, et la créance résultant d'une pareille convention n'est pas primée par celles des créanciers de la société. »

Nous trouvons dans le Code allemand la plupart des dispositions du Code français sur la société en commandite. Ainsi il reproduit la prohibition aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion; mais il se montre moins rigoureux que le Code français sur deux points. D'une part, le commanditaire peut agir comme *procureur* ou fondé de pouvoirs de la société; d'autre

[1] Le Code allemand s'est montré sur ce point plus rigoureux que le Code français; la seule concession faite au désir des commanditaires de rester inconnus du public, c'est la permission de ne pas faire figurer leurs noms dans l'extrait qui est inséré dans les feuilles publiques (art. 151).

part, si les actes de gestion l'obligent personnellement et solidairement, sa position n'est pas modifiée vis-à-vis des autres créanciers de la société (art. 167).

Les bénéfices réalisés par le commanditaire ne doivent pas être rapportés pour couvrir les pertes ultérieures; (art. 161) mais sa mise ne peut, en aucun cas, lui être remboursée avant la dissolution de la société (art. 165).

Après avoir posé, dans le chapitre 1er du titre II, les principes généraux de la commandite, le Code allemand consacre le chapitre II du même titre à la société en commandite par actions.

La cause de l'immense développement que la commandite par actions a pris en France, c'est la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement pour constituer une société anonyme. Les fondateurs de sociétés auraient tout intérêt à adopter la forme anonyme, qui n'engage pas leur responsabilité d'une manière indéfinie, s'ils pouvaient toujours compter sur une autorisation. Mais l'instruction administrative qui précède le décret d'autorisation est longue et minutieuse ; alors même qu'elle n'aboutit pas à un refus, elle lasse la patience des spéculateurs. La commandite par actions leur fournit un moyen facile de constituer une société que le gouvernement n'aurait pas autorisée, ou bien encore de devancer l'autorisation, en adoptant provisoirement la forme de la commandite.

Le même phénomène s'est produit dans les Etats de l'Allemagne, où la société anonyme ne peut être constituée sans l'assentiment du gouvernement, et où l'esprit de spéculation a pris un grand développement. C'est ainsi que la commandite par actions a fait fortune dans les pays de la rive gauche du Rhin, qui sont régis par le Code français. Elle a été acceptée avec enthousiasme dans les autres parties de la monarchie prussienne, à cause de l'extrême difficulté que présente l'autorisation de la société anonyme.

Elle est à peu près inconnue dans les Etats où la spéculation n'a pas pénétré, dans ceux où la société anonyme peut être librement constituée, à Hambourg, par exemple, et dans ceux où l'autorisation est facilement octroyée : c'est le cas de l'Autriche.

Les abus de la société en commandite par actions ont partout compromis son existence légale. Il fut plusieurs fois question, en France, de la supprimer ; la loi du 17 juillet 1856 a pris le sage

parti de la laisser subsister, en la préservant des atteintes que les abus dont elle avait été l'occasion, pouvaient lui porter.

La Commission de Nuremberg a adopté le même système ; elle s'est efforcée de réglementer la commandite par actions, et elle a consacré la plupart des dispositions de la loi de 1856, qui se trouvaient reproduites dans le projet prussien. Mais elle a dépassé la sévérité de la loi française, en statuant que la société en commandite par actions ne pourrait exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, et en se bornant à réserver aux législations locales le droit de supprimer la nécessité de l'autorisation.

Il eût été plus logique d'écarter cette nécessité en principe et de réserver aux divers Etats le droit de la prescrire. On eût évité ainsi cette singulière anomalie, de soumettre les commandites par actions à des règles plus sévères que les sociétés anonymes, quoique le gouvernement soit appelé à exercer le même contrôle sur leur constitution.

La loi de 1856 a soulevé les plus vives critiques ; on a été jusqu'à demander son abrogation pure et simple, en disant qu'elle avait tué la commandite par actions, sous prétexte de la réglementer. D'autres se contenteraient d'une simple révision qui adoucirait des rigueurs qu'ils jugent inutiles.

Quelque opinion que l'on puisse avoir sur la nécessité d'adopter des dispositions préventives plus ou moins sévères contre les abus de la commandite par actions, il est certain que la loi de 1856 présente des lacunes qu'il serait urgent de combler. C'est en vue d'une révision de la loi française, et afin de coopérer à cette œuvre dans la mesure de nos forces, en facilitant la comparaison des deux législations, que nous nous sommes décidé à donner la traduction du chapitre du Code allemand qui traite de la commandite par actions. Nous ferons suivre chaque article de quelques observations qui rappelleront les dispositions du Code allemand qui s'y rattachent ; nous indiquerons aussi les dispositions correspondantes de la loi française et l'interprétation que la jurisprudence en a donnée.

« Art. 173. Le capital des commanditaires peut être divisé en actions ou en coupons d'action.

« Les actions ou coupons d'action doivent être nominatifs. Ils doivent être d'une valeur d'au moins 200 thalers de conven-

tion (750 francs), à moins que la législation locale n'autorise une valeur moins élevée, pour satisfaire aux besoins particuliers du pays.

« Les actions ou coupons d'action qui seraient au porteur, ou qui seraient d'une valeur inférieure à celle prescrite par la loi, sont nuls. Ceux qui les auraient émis sont tenus solidairement de tous les dommages-intérêts envers les possesseurs de ces titres.

« Les présentes dispositions s'appliquent également aux promesses d'action et aux récépissés provisoires. »

Les dispositions correspondantes de la loi française se trouvent dans l'article 38 du Code de commerce et dans les articles 1, 2, 6 et 11 de la loi de 1856. Notons qu'en France les actions peuvent être au porteur après leur libération. En ce qui concerne les récépissés provisoires, un arrêt de la Cour de cassation décide qu'un pareil récépissé peut être au porteur, bien que la somme à payer n'ait pas été intégralement versée. (Crim. rej., 6 février 1861, Dev.-Car., 61, 1, 668.)

« ART. 174. La société en commandite par actions ne peut être constituée qu'avec l'autorisation du gouvernement.

« La constitution et les statuts de la Société doivent être constatés par un acte passé devant le tribunal ou devant notaire. La souscription des actions peut avoir lieu par acte sous seing privé. »

En France, l'autorisation du gouvernement n'est pas exigée et l'acte de société peut être fait sous seing privé. Il suffit de l'annexer à l'acte notarié contenant la déclaration du gérant que le capital est souscrit et que chaque actionnaire a versé le quart de sa souscription.

« ART. 175. Le contrat de société, dont on demande l'autorisation, doit indiquer :

« 1° Les nom, prénoms, profession et domicile de chacun des associés qui s'engagent personnellement ;

« 2° La raison sociale et le siége de la société ;

« 3° L'objet de l'entreprise ;

« 4° La durée de l'entreprise, dans le cas où elle serait limitée;

« 5° Le nombre et la valeur des actions ou coupons d'action ;

« 6° La clause que les commanditaires seront appelés à élire parmi eux un Conseil de surveillance composé de cinq membres au moins ;

« 7° La forme suivant laquelle l'assemblée générale des commanditaires doit être convoquée ;

« 8° La forme suivant laquelle seront publiés les avis émanant de la société et les feuilles publiques dans lesquelles ils seront insérés. »

La raison sociale doit contenir le nom de l'un au moins des associés responsables, avec une mention qui révèle l'existence de la société. On ne peut adopter aucune formule tendant à faire croire à l'existence d'une société (anonyme) par actions (art. 17).

« ART. 176. Le contrat de société et l'acte d'autorisation doivent être transcrits sur le registre du commerce du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siége social. Il doit être publié par extrait (dans les feuilles publiques).

« L'extrait doit indiquer :

« 1° La date du contrat de société et de l'acte d'autorisation;

« 2° Les nom, prénoms, profession et domicile de chacun des associés qui s'engagent personnellement ;

« 3° La raison sociale et le siége de la société;

« 4° Le nombre et la valeur des actions ou coupons d'action;

« 5° La forme suivant laquelle seront publiés les avis émanant de la société et les feuilles publiques dans lesquelles ils seront insérés. »

En France, l'acte de société doit être publié conformément à l'article 42 du Code de commerce.

« ART. 177. On est tenu, en notifiant l'existence de la société (au tribunal) pour faire opérer la transcription sur le registre du commerce, de justifier :

« 1° De la souscription de la totalité du capital social à fournir par les commanditaires;

« 2° Du versement par chacun des commanditaires du quart au moins du montant de sa souscription ;

« 3° Que le Conseil de surveillance a été élu par l'assemblée générale des actionnaires, conformément au contrat de société. » Art. 175, n° 6.)

« L'acte de notification doit être signé par tous les associés personnellement engagés, en présence du tribunal de commerce; sinon ils doivent le remettre revêtu de leurs signatures dûment certifiées. Les originaux des pièces justificatives, ou les copies

dûment certifiées de ces pièces, restent déposés au tribunal de commerce. (Comp. loi de 1856, art. 1, § §, 2, 3 et 4.)

« ART. 178. La société n'existe pas comme commandite, avant que l'autorisation ait été accordée et la publication opérée. Les actions ou coupons d'action qui auraient été émis sont nuls. Ceux qui les ont émis sont tenus solidairement de tous les dommages-intérêts envers les possesseurs de ces titres.

« S'il a été fait des actes de gestion au nom de la société, ceux qui ont fait ces actes sont engagés personnellement et solidairement. (Comp. loi de 1856, art. 11, § 2.)

« ART. 179. Les prescriptions des articles 152 et 153 doivent être observées dans la société en commandite par actions ; la publication doit reproduire les indications prescrites par l'article 176. Le tribunal de commerce doit contraindre d'office les gérants à l'observation de ces prescriptions. »

Aux termes de l'article 152, la publication doit être faite sur les registres du commerce de tous les tribunaux dans le ressort desquels la société a des maisons de commerce. L'article 153 impose aux gérants l'obligation de déposer dans ces mêmes tribunaux la raison sociale, avec leur signature.

« ART. 180. Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale des commanditaires doit en faire vérifier la valeur et apprécier l'opportunité, et y donner son approbation dans une réunion ultérieure.

« La délibération est prise à la majorité des commanditaires présents ou représentés par des mandataires ; cette majorité doit comprendre le quart des commanditaires, et le montant de leurs parts réunies doit représenter le quart du capital des commanditaires. Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages particuliers ne peuvent prendre part au vote définitif. »

« Le contrat qui serait contraire à la présente disposition est nul. »

Cet article est la reproduction presque textuelle de l'article 4 de la loi de 1856.

« ART. 181. Il ne peut être délivré d'actions en représentation de la part du fonds social qui se trouve attribuée aux associés personnellement engagés tant à raison de leur mise de fonds qu'à titre d'avantage particulier : cette part du fonds social ne

peut être aliénée par les associés, qui sont personnellement engagés, aussi longtemps qu'ils conservent cette position dans la société.

« ART. 182. Les actions ou coupons d'action sont indivisibles.

« Ils doivent être portés sur le registre des actions de la société, avec l'indication exacte des noms, domiciles et professions des possesseurs.

« Ils peuvent, à moins d'une clause contraire du contrat de société, être cédés à d'autres personnes, sans le consentement des autres associés.

« La cession peut s'opérer par voie d'endossement.

« La forme de l'endossement est réglée par les dispositions des articles 11 à 13 de l'ordonnance générale sur les lettres de change. »

Cette ordonnance, qui date de 1848, a été adoptée par tous les Etats de la Confédération, à l'exception du Luxembourg et du Limbourg, qui sont des provinces hollandaises, et de la principauté de Schauenbourg-Lippe.

« Art. 11 (de l'ordonnance.) L'endossement doit être écrit soit sur la lettre de change, soit sur une copie de cette lettre (un duplicata), ou bien encore sur une feuille ajoutée à la lettre ou à la copie (une allonge). — ART. 12. L'endossement est valable alors même que l'endosseur ne fait qu'écrire son nom ou sa raison de commerce, soit au dos de la lettre ou de la copie (duplicata), soit sur l'allonge (endossement en blanc). — ART. 13. Tout possesseur de la lettre a le droit de remplir les endossements en blanc; il peut aussi endosser la lettre sans remplir les blancs. »

« ART. 183. Toute transmission de la propriété d'une action doit être notifiée à la société ; on est tenu de représenter l'action et la preuve de la transmission ; elle doit être mentionnée sur le registre des actions.

« A l'égard de la société, il n'y a d'autres propriétaires des actions que ceux dont les noms se trouvent inscrits au registre.

« La société a le droit de demander la justification de l'identité et de la qualité des parties, mais elle n'y est pas tenue. »

Tout ce qui concerne la cession des actions, en droit français, se trouve réglé par les articles 35, 36 et 38 du Code de commerce et par l'article 16 de la loi des 5-14 juin 1850.

« ART. 184. Tant que le montant intégral de l'action n'est pas versé, le souscripteur reste engagé au payement du complément de sa mise, la société ne peut le dégager de cette obligation. (Voir loi de 1856, art. 3, § 1.)

« ART. 185. Les associés personnellement engagés sont tenus dans les six mois qui suivent l'expiration de chaque année sociale, de présenter au Conseil de surveillance, ainsi qu'aux commanditaires, le bilan de l'année précédente.

« ART. 186. L'assemblée générale des commanditaires exerce les droits déférés aux commanditaires par le contrat de société et par les dispositions du chapitre précédent [1], concernant la gestion des affaires, l'examen du bilan, la fixation des bénéfices à répartir, la dissolution ou la renonciation à la société, le droit de demander l'exclusion d'un associé personnellement engagé.

« Les résolutions de l'assemblée générale sont mises à exécution par le Conseil de surveillance, si le contrat de société n'en dispose pas autrement.

« ART. 187. L'assemblée générale des commanditaires est convoquée, soit par les associés personnellement engagés, soit par le Conseil de surveillance, sans préjudice des dispositions du contrat de société qui accorderaient à d'autres personnes le droit de faire cette convocation. (Voir loi de 1856, art. 9.)

« ART. 188. L'assemblée générale des commanditaires doit être convoquée en dehors des époques déterminées par le contrat de société, si l'intérêt de la société l'exige.

« L'assemblée générale doit également être convoquée, sur la demande d'un ou de plusieurs commanditaires dont les actions représenteraient le dixième du capital des commanditaires ; la demande doit être faite par écrit et indiquer le but et les motifs de la convocation. La clause du contrat de société qui ferait dépendre le droit de convocation de la possession d'un nombre d'actions plus élevé ou plus restreint est valable.

« ART. 189. La convocation de l'assemblée générale doit être faite dans la forme prescrite par le contrat de société.

« Le but de la réunion doit être indiqué dans la convocation. Il ne peut être pris de résolutions sur des objets autres que ceux

[1] Le chapitre précédent traite de la commandite en général.

indiqués ; il faut excepter cependant la résolution qui ordonnerait la convocation d'une assemblée générale extraordinaire.

« Il est permis de faire des propositions et d'ouvrir des discussions sur des objets qui ne sont pas indiqués dans l'acte de convocation, pourvu qu'on ne prenne pas de résolutions.

« ART. 190. A moins d'une disposition contraire du contrat de société, les résolutions de l'assemblée générale des commanditaires sont prises à la majorité simple, et chaque action attribue une voix à son possesseur.

« ART. 191. Le premier Conseil de surveillance ne peut être élu pour plus d'un an, les suivants pour plus de cinq ans.

« L'élection est nulle en tant qu'elle serait faite pour un temps plus long. (Loi de 1856, art. 5, § 3.)

« ART. 192. Les membres du premier Conseil de surveillance ne peuvent se faire attribuer une rémunération pour l'accomplissement de leurs fonctions que par une délibération de l'assemblée générale des commanditaires prise après l'expiration de l'année sociale.

« Tout acte qui stipulerait une rémunération en dehors des formes et du délai ci-dessus déterminés est nul.

« ART. 193. Le Conseil de surveillance surveille la gestion de la société dans toutes ses parties ; il peut s'enquérir de la marche des affaires de la société, examiner à tout instant les livres et les papiers et visiter la caisse.

« Il doit examiner les comptes annuels, ainsi que le bilan et les propositions concernant la répartition des bénéfices, et faire chaque année un rapport à l'assemblée générale sur ces divers objets. (Voir loi de 1856, art. 8.)

« ART. 194. Le Conseil de surveillance a qualité pour intenter contre les associés personnellement engagés les procès résolus par l'assemblée générale.

« Tout commanditaire a le droit d'intervenir à ses frais dans l'instance.

« Lorsqu'il s'agit de la responsabilité personnelle du Conseil de surveillance, il peut agir contre les associés personnellement engagés, sans et même contre la volonté de l'assemblée générale.

« ART. 195. Lorsque les commanditaires veulent soutenir

collectivement et dans un intérêt commun un procès contre les associés personnellement engagés ou contre les membres du Conseil de surveillance, ils sont représentés par des commissaires nommés en assemblée générale.

« Dans le cas où un obstacle quelconque empêcherait la nomination des commissaires par l'assemblée générale, ils pourront être nommés sur requête par le tribunal de commerce.

« Tout commanditaire a le droit d'intervenir à ses frais dans l'instance. (Voir loi de 1856, art. 14.)

« ART. 196. La société acquiert des droits et contracte des obligations par l'intermédiaire des associés personnellement engagés ; ils la représentent en justice. Les assignations et autres notifications peuvent être faites à l'un des associés qui ont le droit de gérer.

« La disposition de l'article 167, relative au commanditaire qui fait des actes pour la société, ne s'applique pas à la société en commandite par actions. »

Le droit français n'établit pas cette distinction entre la commandite par actions et la commandite ordinaire.

« ART. 197. Les apports ne peuvent pas être restitués aux commanditaires, tant que la société subsiste.

« On ne peut stipuler des intérêts au profit des commanditaires, ni en payer; on ne peut leur répartir que l'excédant accusé par le bilan, et après déduction des sommes attribuées au fonds de réserve, si le contrat de société prescrit la constitution d'un pareil fonds.

« Les commanditaires sont tenus des obligations de la société, jusqu'à concurrence des sommes qu'ils auraient touchées contrairement aux prescriptions ci-dessus; toutefois ils ne sont pas tenus de restituer les dividendes qu'ils ont touchés de bonne foi. »

La loi et la jurisprudence françaises ont établi les mêmes principes.

ART. 198. « Toute modification au contrat de société doit, pour être valable, être constatée par un acte passé devant le tribunal ou devant notaire ; elle doit de plus être autorisée par le gouvernement.

« La convention qui modifie le contrat de société et l'acte d'autorisation doivent être transcrits sur le registre du commerce

et publiés par extraits, comme le contrat lui-même (art. 176, 179).

« La convention n'a pas d'effet avant d'avoir été transcrite sur le registre du commerce dans le ressort duquel se trouve le siége de la société.

« ART. 199. Les associés ne peuvent convenir que l'un des associés personnellement engagés quittera la société pendant la durée de son existence.

« Une pareille convention équivaut à la dissolution de la société ; la dissolution ne peut avoir lieu qu'avec l'assentiment de l'assemblée générale des commanditaires.

« ART. 200. Si l'un des commanditaires vient à mourir ou à tomber en faillite, ou bien s'il devient juridiquement incapable de gérer sa fortune, ces événements n'entraînent pas la dissolution de la société. L'article 126 ne peut être invoqué par les créanciers du commanditaire. Au surplus, les dispositions des articles 123 à 128 reçoivent leur application dans la société en commandite par actions. »

Ces articles 123 à 128 se trouvent au titre I, qui traite de la société publique (en nom collectif).

Il résulte de ce renvoi que la société en commandite par actions est dissoute : 1° par sa propre faillite ; 2° par la mort d'un associé personnellement engagé, à moins que le contrat ne porte que la société continuera avec les héritiers du mourant ; 3° par la faillite ou l'incapacité légale de cet associé ; 4° par la volonté des associés; 5° par l'expiration du terme pour lequel elle est contractée, à moins que les associés ne la prorogent tacitement; 6° par la renonciation de l'un des associés, si la durée de la société est indéterminée (art. 123). Aux termes de l'article 124, cette renonciation doit être faite six mois au moins avant l'expiration de l'année sociale. L'article 125 permet de demander la dissolution de toute société pour des motifs graves qui sont laissés à l'arbitrage du juge; si ces motifs sont tirés de la conduite de l'un des associés, les autres, s'ils sont tous d'accord, peuvent demander son exclusion au lieu de la dissolution de la société (art. 128).

D'après l'article 127, les associés peuvent convenir que la société continuera malgré la disparition de l'un des associés (par suite de mort, faillite, ou d'interdiction). Il faut, dans l'ap-

plication des articles 123 à 128 à la commandite par actions, combiner ces dispositions avec celles de l'article 186.

« ART. 201. La dissolution survenue pour toute autre cause que celle de la faillite de la société doit être publiée au registre du commerce.

« La publication doit avoir lieu, alors même que la société est dissoute par l'expiration du temps pour lequel elle avait été contractée. »

En droit français, la publication n'est pas nécessaire dans ce dernier cas.

« ART. 202. Lors de la dissolution de toute société en commandite par actions, hormis le cas de décès, le partage du fonds social ne peut être effectué, entre les associés, qu'après l'expiration d'une année, à partir du jour où la dissolution a été publiée au registre du commerce.

« Les créanciers dont les créances apparaissent par les livres de la société ou de toute autre manière, sont avertis d'avoir à se présenter ; s'ils n'obtempèrent pas à cette injonction, le montant de leurs créances doit être consigné.

« La consignation est également exigée pour les obligations non échues ou litigieuses, à moins que le partage du fonds social ne soit suspendu jusqu'au payement, ou que des sûretés ne soient fournies aux créanciers.

« ART. 203. On ne peut rembourser aux commanditaires une portion du capital qu'en vertu d'une convention modificative du contrat de société approuvée par le gouvernement.

« Le remboursement ne peut être opéré qu'à la charge d'observer les formalités prescrites pour le partage au cas de dissolution (art. 201, 202).

« ART. 204. Les membres du Conseil de surveillance sont tenus solidairement, avec les associés personnellement engagés, de rétablir les sommes qui ont été indûment payées, à leur su et sans opposition de leur part, dans les cas suivants :

« 1° Lorsque les mises des commanditaires leur ont été remboursées ;

« 2° Lorsqu'il a été payé des intérêts et des dividendes qui ne provenaient pas des bénéfices afférents aux actions ;

« 3° Lorsque le fonds social a été partagé, ou bien qu'une

portion du capital a été remboursée aux commanditaires, sans observer les prescriptions de la loi[1] (art. 202 et 203).

« ART. 205. A moins d'une disposition contraire du contrat de Société, la liquidation est faite par tous les associés personnellement engagés et par une ou plusieurs personnes choisies par l'assemblée générale des commanditaires. (Voir, sur la liquidation, *suprà*, p. 107.)

« ART. 206. Il est réservé aux lois locales d'établir que l'autorisation du gouvernement ne sera pas exigée pour la constitution des sociétés en commandite par actions en général, ou de certaines sociétés seulement. Dans ce cas, les dispositions du présent chapitre recevront leur application, en tant qu'elles n'ont pas pour objet de prescrire l'autorisation du gouvernement pour la constitution ou la modification de la société ; le contrat de société doit contenir les dispositions prescrites par l'article 175 avant de pouvoir être transcrit sur le registre du commerce conformément à l'article 176. »

Le titre III du livre II, intitulé *De la Société par actions*, reproduit la plupart des dispositions d'une loi prussienne du 9 novembre 1843. C'est le développement des principes du Code français. Ainsi l'autorisation du gouvernement est exigée, à moins que la législation locale n'en ait autrement statué (art. 208 et 249) ; le contrat et l'acte d'autorisation doivent être publiés (art. 210).

Le Code entre dans les plus minutieux détails sur les droits et obligations des actionnaires et des administrateurs, ainsi que sur la dissolution de la société ; nous croyons inutile de reproduire toutes ces dispositions, qui ne présentent pas pour nous le même intérêt que celles qui régissent la commandite par actions. Nous nous contenterons de reproduire celles qui sont relatives à la forme et à la transmission des actions, à la libération des souscripteurs et au payement des dividendes. Ce sont là des questions dont la solution pratique peut intéresser tout le monde.

On verra que le Code allemand, de même que le législateur français, s'est montré moins sévère envers la société anonyme qu'envers la Société en commandite par actions. Les conséquences de ce système seraient bizarres, si les législations

[1] Voir loi de 1856, art. 10.

locales ne devaient pas profiter de la latitude que leur donne l'article 206, de supprimer la nécessité de l'autorisation pour la constitution de la commandite par actions [1].

Le taux d'émission des actions n'est pas limité; elles peuvent être au porteur (art. 207). Il est interdit de distribuer des intérêts et des dividendes qui ne seraient pas acquis à la société. Mais on peut valablement assurer aux actionnaires l'intérêt de leurs versements jusqu'au jour de la mise en exploitation de l'entreprise (art. 217).

Remarquons que cette clause est licite en France et qu'elle se trouve dans les statuts de toutes les Compagnies de chemins de fer.

« ART. 220. L'actionnaire, qui ne paye pas le montant de son action à l'époque voulue, est tenu de plein droit des intérêts moratoires.

« Le contrat de société peut stipuler des clauses pénales pour le cas où l'actionnaire serait en retard de payer tout ou partie du montant de sa souscription, et cela sans égard aux restrictions que les lois locales pourraient apporter à la faculté d'établir des clauses pénales. On peut aussi convenir que les actionnaires en demeure seront déchus, au profit de la société, de tous les droits que leur avaient conférés leur souscription et les versements partiels qu'ils auraient effectués.

« ART. 221. Dans le cas où le contrat de société n'aurait pas déterminé la forme suivant laquelle les appels de fonds doivent être annoncés, cet avertissement est donné dans la forme adoptée par le contrat pour les avis émanant de la société.

« En aucun cas l'actionnaire ne peut être déclaré déchu de ses droits si l'appel de fonds n'a pas été annoncé trois fois dans les feuilles publiques à ce désignées ; le dernier avis doit précéder de quatre semaines l'époque fixée pour le payement. Lorsque les actions sont nominatives et qu'elles ne peuvent être cédées qu'avec l'autorisation des autres actionnaires [2], l'appel de fonds peut être notifié individuellement à chaque associé au lieu d'être annoncé dans les feuilles publiques. »

[1] Voir *suprà*, p. 112 et 122.

[2] Il est bien entendu qu'il faudrait une clause particulière dans le contrat, pour que l'action nominative ne pût être transférée qu'avec l'autorisation des autres associés.

« ART. 222. Dans le cas où les actions ou coupons d'action sont au porteur, il faut suivre les règles suivantes :

« I. L'émission des actions ne peut avoir lieu qu'après le versement de leur montant intégral ; on ne peut non plus émettre, en échange des versements partiels effectués, des promesses d'action ni des récépissés provisoires, qui seraient au porteur.

« II. Le souscripteur de l'action est *nécessairement* tenu de payer 40 pour 100 du montant de l'action ; il ne peut être délié de cette obligation ni par la cession de son droit à un tiers, ni par la remise que lui consentirait la société ; dans le cas où le souscripteur de l'action est déclaré déchu de ses droits pour le retard qu'il a mis à se libérer, il n'en reste pas moins obligé à payer 40 pour 100 du montant de l'action.

« III. On peut stipuler dans le contrat de société que les souscripteurs seront libérés, après le payement de 40 pour 100, de la garantie des payements ultérieurs, et qu'après la libération des souscripteurs il pourra être délivré des promesses d'action ou récépissés provisoires au porteur, en échange des versements partiels effectués. »

Il résulte de cet article qu'en principe les actions ne peuvent être au porteur qu'après leur libération, et que les souscripteurs sont tenus du montant intégral de leurs actions, mais que le contrat peut autoriser la décharge du souscripteur après le versement de 40 pour 100, et que dans ce cas il peut même autoriser l'émission de titres au porteur.

L'article 8 de la loi française du 15 juillet 1845 [1], *relative à la concession de plusieurs chemins de fer*, et qui contient en outre des *dispositions générales applicables à tous les chemins*, porte que les souscripteurs sont responsables jusqu'à concurrence des 5/10. Dans les autres sociétés anonymes, ce point est réglé par les statuts, qui sont approuvés par le gouvernement après l'examen du Conseil d'Etat. Ces statuts peuvent autoriser l'émission d'actions au porteur non libérées.

L'article 223 du Code allemand déclare les dispositions des articles 182 et 183 [2] applicables à la transmission des actions nominatives. Tant que l'action n'est pas libérée, le cédant n'est dégagé que du consentement de la société, qui accepte le ces-

[1] *Bullet. des lois*, série IX, t. XXXI, p. 116, bullet. 1221.

[2] Voir *suprà*, p. 116.

sionnaire en son lieu et place, et même dans ce cas il reste exposé pendant un an à l'action subsidiaire des créanciers sociaux.

L'article 249 réserve à la législation locale la faculté de réduire à 25 pour 100 le versement de 40 pour 100 dont il est parlé à l'article 222. La loi locale pourra statuer que les souscripteurs seront libérés après le versement de 25 pour 100, soit dans certaines classes de sociétés, soit en vertu d'une clause particulière du contrat de société approuvée par le gouvernement.

Il ne faudrait pas conclure de ces différentes réserves faites au profit des législations locales que toute autre dérogation au Code leur soit interdite. Les rédacteurs n'ont pu avoir d'autre intention que de préciser les points qui pourraient être modifiés sans troubler l'harmonie générale du Code. Il a été reconnu, en effet, par la diète de Francfort, que les membres de la Confédération ne s'engageaient en aucune manière à adopter le Code tel qu'il serait rédigé par la Commission, et que, même après l'avoir promulgué, ils auraient le droit de le modifier [1]. Mais on peut espérer qu'ils n'useront pas de ce droit, car ce serait détruire l'œuvre législative qui a été si péniblement accomplie.

Nous avons déjà parlé de la *société tacite* qui fait l'objet du titre I du livre III. L'*association pour faire des actes de commerce pour compte commun*, dont s'occupe le titre II du même livre, n'est autre chose que l'association en participation restreinte à une ou plusieurs opérations isolées [2].

La seule disposition remarquable est celle de l'article 269, § 2, qui établit la solidarité, dans le cas où l'un des participants a agi *au nom* des autres et dans celui où ils ont agi collectivement.

RAUTER,
Avocat, docteur en droit.

[1] Voir t. VI de la *Revue*, p. 468, 470.
[2] Voir *suprà*, p. 105.

BIBLIOGRAPHIE.

Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du cinquième au dixième siècle, par M. EUGÈNE DE ROZIERE ; 2 vol. grand in-8. Paris, Durand, 1859-1861. Prix : 30 francs.

On ne saurait trop apprécier l'importance de cette œuvre capitale, fruit d'un travail opiniâtre et de recherches persévérantes, poursuivies durant de longues années avec un zèle et une ardeur au-dessus de tout éloge. Tous ceux qui se sont occupés de l'histoire de nos anciennes institutions seront d'accord pour rendre un juste hommage au talent de l'auteur, à la sagacité avec laquelle il a étudié les manuscrits, comparé et corrigé les textes.

Les matériaux qu'il a mis en œuvre pour ériger cet édifice considérable sont nombreux et variés. Outre l'ouvrage de Marculfe, classique en cette matière, outre les formulaires d'Angers et de Tours, et les collections réunies par Lindebrog, Bignon, Sirmond, Baluze, D. Carpentier et autres ; il a scruté et interrogé les manuscrits de Paris, de Strasbourg, de Montpellier, du Vatican, de S. Gall, de Fulde, de Munich, de Copenhague, etc., etc...

Dans l'impossibilité où nous sommes de faire connaître dans tous ses détails cette grande synthèse, cette vaste composition, nous devons nous borner à signaler aujourd'hui les principaux éléments qu'embrasse le premier volume.

La première section est intitulée : FORMULÆ AD JUS PUBLICUM SPECTANTES.

Elle comprend dix chapitres. Nous essayerons d'en analyser quelques-uns.

Chap. I. *Sacramenta fidelitatis.* — Des rapports politiques indispensables, résultats nécessaires de la société elle-même, existent dans tout État organisé. De ces rapports, les uns rattachent les citoyens au souverain, les autres lient les citoyens entre eux. Parmi les rapports des sujets avec le prince, figure en première ligne l'obligation du serment de fidélité. Déjà, sous les Mérovingiens, des serments réciproques unissent le roi et le peuple. Ils sont prêtés non pas seulement à chaque avénement,

mais même à tout changement de maître. Lorsqu'une ville est conquise, ses habitants sont astreints au serment. Au milieu des guerres civiles continuelles, c'est une sorte de parjure légal imposé par la force aux cités subjuguées. Mais aucun texte de serment appartenant à cette époque ne nous est parvenu. Toutes les formules qui nous sont connues datent des Carlovingiens. M. de Rozière en reproduit six : I. *Ut leudesamium promittatur regi ;* II (*Promissio fidelitatis*) ; III, IV, V *Sacramenta fidelitatis ;* VI, § 1. *Promissio episcoporum*, § 2. *Sacramentum laicorum*, § 3. *Generale omnium fidelium.*

Chap. II. *Carta de ducatu.* — Une des prérogatives les plus importantes de la souveraineté consiste dans la nomination aux fonctions publiques. Ici se place la formule VII, si connue des publicistes, *Carta de ducatu et patriciatu vel comitatu.*

Chap. III. *Carta de antrustione.* — Indépendamment du lien politique, un lien spécial unit le monarque au fidèle qui vient se placer sous sa *truste :* « *Rectum est ut qui fidem pollicetur regis tucatur auxilio,* » ainsi s'exprime la formule VIII *De regis antrustione.*

Chap. IV. — *Cartæ de mundeburde.* — L'autorité royale n'est pas seulement une puissance de commandement, elle est aussi une puissance de protection, surtout pour ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes, notamment pour les monastères. « *Rectum est ut regalis potestas illis protectionem impertiat, quorum necessitas comprobatur.* » Tel est l'objet des formules IX à XV.

Chap. V. *Immunitates.* — Il est des établissements qui, à raison de leur caractère et de leur pieuse destination, paraissent mériter la faveur toute spéciale du monarque ; ce sont les églises et les monastères. De là les chartes d'exemption ou d'immunité reproduites dans les formules XVI-XIX.

Les chapitres VI à X de cette première section, consacrée au droit public, comprennent vingt-trois formules (XX à XLIII) qui concernent ou renferment des confirmations d'immunités (*confirmationes immunitatum*), des mesures (*præcepta*) relatives aux juifs et aux commerçants, des préceptes sur les navires et les tonlieux (*de navibus et teloneis*), des chartes sur le service militaire (*cartæ de hoste*), des préceptes sur les choses confisquées et restituées (*de rebus forefactis et redditis*), la sécurité garantie à celui qui est menacé pour avoir exécuté les ordres du roi.

La seconde section du premier volume a pour titre : FORMULÆ AD JUS PRIVATUM SPECTANTES.

Cette seconde section, si riche en documents de tous genres, offre pour l'histoire du droit privé la mine la plus abondante et la plus précieuse qui ait pu jusqu'ici être exploitée. Elle forme tout un trésor, en grande partie ignoré ou perdu de vue, et que les investigations persévérantes de l'auteur ont considérablement augmenté. Elle ne comprend pas moins de 374 actes, depuis la formule XLIII jusqu'à la formule CCCCXVI.

Les actes concernant les personnes y figurent au premier rang ; puis viennent ceux qui ont pour objet les biens et leur transmission.

Chap. I. *Commendatio.* — En s'appliquant à régler le droit privé, toujours les législateurs et les jurisconsultes commencent par s'occuper des personnes (*quia personarum causa jus omne constitutum est*).

Entre les personnes, on distingue celles qui sont maîtresses d'elles-mêmes et jouissent de leurs droits, et celles qui se trouvent sous la puissance d'un autre. Chez les nations de l'antiquité, dans les temps de trouble et de détresse, beaucoup de malheureux sans défense sont obligés de recourir à la protection d'un plus puissant ou d'un plus riche. La formule XLIII, sous la rubrique *qui se in alterius potestate commendat*, présente un acte par lequel une personne, n'ayant plus de quoi vivre ni se vêtir, se met sous l'égide et la puissance d'autrui : « *Minime habens unde me pascere vel vestire debeam, petii pietati vestræ..... ut me in vestrum mundeburdum tradere vel commendare deberem, quod et feci.* »

Chap. II. *Obnoxiationes.* — Chez les Gaulois, les Gallo-Romains et les Francs, il arrive souvent que des individus sont réduits à se vendre eux-mêmes par suite d'un crime ou d'un méfait (*ob noxiam*). De là le nom d'*obnoxiatio* donné à l'acte par lequel un coupable aliène sa liberté au profit d'autrui. Par extension, ce terme d'*obnoxiatio* s'applique à tout acte d'asservissement ou d'engagement perpétuel, quelle qu'en puisse être la cause, soit qu'il ait pour motif la nécessité des temps, le dénûment, la disette, la détresse (*necessitas temporum, vitæ compendium, sterilitas, inopia*), ou qu'il soit provoqué par des circonstances graves (*casus graves*). Des neuf actes d'obnoxiation que contient ce cha-

pitre composé des formules XLIV-LII, quatre sont rendus inévitables pour infraction à la loi, cinq sont suggérés par le besoin. La formule XLVI est remarquable en ce qu'un mari et une femme se vendent conjointement avec tout ce qu'ils possèdent. La formule L se rattache au droit gallo-franc ; un individu y aliène sa liberté pour réparation du vol d'un cheval qu'il a conduit dans une retraite cachée (*pro furto caballi in texaga subducti*). Loi Salique, tit. II, art. 4 ; loi des Allemands, tit. XLIX, art. 25.

Chap. III. *Epistolæ collectionis.* — Les deux formules LIII, LIV, sont curieuses ; elles constatent l'une et l'autre la vente collective d'un enfant nouveau-né (*sanguinolenti*) trouvé au porche d'une église et aliéné par les pauvres qui l'ont découvert. Les indigents inscrits sur la matricule des secours formaient, sous l'autorité d'un marguillier (*matricularii*), une sorte d'association dont l'existence est ici révélée. Le vente qu'ils font du nouveau-né est autorisée par le Code Théodosien, liv. v, tit. VIII.

Chap. IV. *Manumissiones per denarium.* — Ici commence la matière si riche et si importante des affranchisements, dont le nombre prodigieux se multipliait tous les jours, grâce à la générosité des Francs néophytes et à l'esprit si libéral du christianisme. Les émancipations dont il s'agit dans ce chapitre sont celles que prévoit la loi Salique et qui doivent avoir lieu devant le roi. Au jour désigné pour l'audience royale, quand le monarque, dans tout l'éclat de sa dignité, la tête ceinte d'un diadème brillant de pierreries, a pris place sur son trône, autour duquel se rangent les évêques, les grands de sa cour, les officiers de sa maison, les référendaires, les sénéchaux, les camériers, on voit s'accomplir les actes solennels pour lesquels la loi requiert une plus notable publicité. Un maître veut-il affranchir son esclave, du milieu de la foule qui regarde en silence, il l'amène avec lui auprès du trône. Après s'être prosterné devant le roi, il place dans la main de l'esclave une pièce de monnaie ; puis il la fait sauter en l'air, en signe d'abdication de son droit de propriété. Le roi donne acte de l'affranchissement, et l'esclave est déclaré libre à toujours (loi Salique, tit. XXVIII ; loi Ripuaire, tit. LIX, et les formules LV-LXI).

Les chapitres V à IX (formules LV à C) continuent de s'appliquer aux affranchissements. Elles ont pour sujets les manumissions solennelles dans les églises (*ante cornu altaris*), les manu-

missions pour les degrés ecclésiastiques; l'affranchissement au moment du baptême, les émancipations par lettre (*per epistolam*), les émancipations après décès. La formule C (*redemptionale*) concerne le rachat qu'un esclave fait lui-même de sa liberté, au moyen de son pécule.

Le chapitre X contient (formules CI à CIX) des *epistolæ concultatoriæ*. Ce sont des autorisations de s'unir légalement, accordées à des esclaves mariés sans permission de leur maître. La formule CVIII *carta triscabina* indique assez par son titre qu'elle doit être passée devant trois échevins (dont l'institution date du huitième siècle). Ceux-ci remplacent les trois curiales.

Les chapitres XI et XII (formules CX-CXVIII) reproduisent des actes de divorce (*libelli repudii*) et des adoptions. Ce sont des documents d'un haut intérêt.

Le chapitre XIII (formule CXIX) a pour titre : *Epistola qualiter pupilli recipiantur*. C'est un acte par lequel le magistrat d'une province (*judex provinciæ*), avec le consentement des notables de la cité, confie des pupilles soit à un parent, soit à une autre personne dévouée qui s'en charge.

A partir du chapitre XIV (*præceptum de aquæ ductu*), on entre dans un autre ordre d'idées et de matières. Il s'agit des biens et de leur transmission. Parmi les dispositions à titre gratuit, on voit apparaître successivement des formules qui regardent les arrangements de famille (*pacta inter parentes*), les testaments et les institutions d'héritier, les donations des rois, les donations des particuliers (*donationes privatorum*), les donations des ascendants (*donationes parentum in filios*), les libéralités aux lieux saints, les libéralités après décès, les constitutions ou les reconnaissances de dot, les donations entre mari et femme : toutes matières importantes, sur lesquelles nous regrettons que le défaut d'espace ne nous permette pas de nous arrêter ici.

Aux actes à titre gratuit succèdent, dans les chapitres XXIX et suivants, les actes onéreux ou commutatifs ; ce sont les traditions, les ventes d'immeubles, les ventes d'esclaves, les échanges ; puis les précaires, vaste sujet qu'il serait intéressant d'approfondir et qui n'embrasse pas moins de quarante-huit actes.

A partir de la formule CCCLVIII, viennent les contrats accessoires ou secondaires, le cautionnement, le mandat, des pactes de divers genres ou leur rescision.

Enfin, pour clore ce riche volume, se présentent les *apennes*, déclarations judiciaires faites après les grands accidents de force majeure, les irruptions, les pillages, les incendies, sortes de procès-verbaux, espèces d'actes de première instruction jusqu'ici peu étudiés, et dont le but paraît être d'éveiller l'attention de l'autorité sur les spoliations commises, sur la recherche des coupables, sur les moyens à prendre pour protéger les victimes et assurer la protection de leurs droits.

On voit par ce simple aperçu qu'il est désormais impossible de faire un pas dans l'étude historique de nos anciennes institutions sans recourir à ce *Recueil général de formules*, si savamment édité par M. de Rozière.

Il y a un siècle, lorsque des discussions si vives, si passionnées, s'élevaient de toutes parts sur les origines et l'organisation primitives de notre monarchie, une pareille publication aurait eu un grand retentissement. Boulainvilliers, Dubos, Montesquieu, Mably, Moreau et beaucoup d'autres, n'auraient pas manqué de chercher dans ce vaste arsenal des armes pour leurs systèmes, des arguments pour leurs thèses. Aujourd'hui sans doute les circonstances sont changées, et les travaux d'érudition ne sont plus accueillis du public avec la même faveur. Pour l'honneur de notre époque, il est à espérer toutefois que l'ouvrage si consciencieux et si bien rempli de M. de Rozière obtiendra le succès qu'il mérite.

E. TAILLIAR,
Conseiller à la Cour impériale de Douai.

Nouvelles recherches historiques sur la vie et les ouvrages du chancelier de l'Hospital, par M. A.-H. TAILLANDIER, conseiller à la Cour de cassation; 1 vol. in-8. Paris, Didot, 1861. Prix : 8 fr.

La vie de l'Hospital a été souvent écrite. Levêque de Pouilly en 1764, Guibert et Condorcet en 1778, Bernardi en 1807, plus tard, M. Dufey, M. Dupin et M. Villemain ontretracé, à différents points de vue, les principaux traits de cette grande figure, mais un grand nombre de pièces inédites avaient échappé jusqu'ici à tous les biographes. M. Taillandier a entrepris de les rechercher, de les réunir et de donner sur le chancelier l'Hospital un travail définitif. La collection Dupuy, conservée à

la Bibliothèque impériale et les registres manuscrits du Parlement, dont M. Taillandier possède une copie, ont fourni une ample moisson. Quelques-unes de ces pièces inédites sont fort intéressantes, notamment les « Propos fascheux tenus au Conseil entre le cardinal de Lorraine et le chancelier de l'Hospital » au sujet de la révocation de l'édit d'Amboise; la « Harangue de M. de l'Hospital lorsqu'on lui ôta les sceaux ; » une belle lettre de Mme de l'Hospital à ses petits-fils, et enfin « l'Etat de la maison de Monseigneur le chancelier en 1562. »

Les œuvres de l Hospital ont été publiées en 1824 par Dufey, de l'Yonne; mais, outre que l'édition est incomplète, elle est encore inexacte. Ainsi M. Taillandier élève des doutes sérieux sur l'authenticité du traité de la réformation de la justice, qui paraît être l'œuvre d'Eustache du Refuge. Dufey n'a donné que d'après une copie du dix-septième siècle le texte du *Discours sur la pacification des troubles de l'an* 1567 ; M. Taillandier a trouvé à la Bibliothèque impériale et fait réimprimer un exemplaire de l'édition originale de 1568.

En résumé les nouvelles recherches sur la vie et les ouvrages du chancelier l'Hospital réunissent tout ce qu'on peut savoir aujourd'hui sur ce sujet, qui est une des pages les plus curieuses de notre histoire; on suit le développement de ce caractère formé de bonne heure à l'école de l'adversité et de l'exil et fortifié par les épreuves d'une vie agitée. On apprend à connaître « ce grand personnage, vrai sujet et fidèle serviteur de la couronne française » qui, dans un siècle de persécutions religieuses et de discordes civiles a toujours défendu en religion la tolérance, en politique la justice et la modération. R. D.

I. *Traité du domaine*, comprenant le domaine public, le domaine de l'Etat, le domaine de la Couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental, par M. Gaudry, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien bâtonnier de l'ordre ; 3 vol. in-8. Paris, Durand, 1862. Prix : 22 fr.

II. *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics, dans le droit ancien et moderne*, par M. Anatole des Glajeux ; 1 vol. in-8. Paris, Durand, 1860. Prix : 5 fr.

III. Le même, par M. Arthur Desjardins ; 1 vol. in-8. Paris, Durand, 1862.

Avant 1789 la législation domaniale n'était pas moins culti-

vée par les jurisconsultes que la législation civile. Les grands ouvrages de Bacquet, de Choppin et de Lefebvre de la Planche témoignent de l'importance qu'on attachait alors à cette étude. Aujourd'hui les principes ont changé, les raisons politiques qui avaient fait poser comme une règle constitutionnelle l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine ont disparu, et en effaçant jusqu'aux derniers vestiges de la féodalité la révolution de 1789 a enlevé aux œuvres de nos anciens domanistes une grande partie de leur utilité pratique. L'édifice est donc à refaire, mais les matériaux élaborés peuvent encore servir.

M. Gaudry a tenté cette entreprise. Il a voulu consigner dans un travail d'ensemble les résultats de sa longue expérience soit comme avocat, soit comme conseil de l'administration des Domaines. Jusqu'ici, le sujet n'avait été traité que par fragments, et en effet il touche à la fois au droit civil et au droit administratif, et il exige, pour être bien traité, une réunion de connaissances très-variées. En rapprochant toutes les parties de ce grand sujet, en les soumettant à un examen approfondi, d'après une méthode unique, on arrive à créer un corps de doctrine, une science digne de ce nom. On possède alors une règle qui sert à résoudre les questions particulières, et on ne craint pas de s'égarer, parce qu'on a toujours devant les yeux, non-seulement la question présente, mais encore toutes celles qui s'y rattachent de près ou de loin.

C'est là l'originalité du livre de M. Gaudry. Elle est moins dans les détails que dans l'ensemble, mais c'est précisément cette vue d'ensemble qni a permis à l'auteur de rectifier certains détails. On lira, par exemple, avec intérêt le chapitre du domaine public monumental. Peut-être, aurait-on dû insister davantage sur la partie historique du sujet, et mettre plus en lumière les principes posés par les jurisconsultes romains, mais l'auteur a sans doute craint de grossir démesurément un ouvrage déjà long. Il a d'ailleurs voulu faire un ouvrage de pratique, et il y a très-bien réussi.

Nous rapprochons tout naturellement de cet ouvrage ceux de MM. des Glajeux et Desjardins sur l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens de l'Etat. Cette question, qui, dans ses termes un peu vagues, embrassait presque tout le droit domanial,

avait été proposée par la Faculté de droit de Paris pour le concours de doctorat de 1857. Les mémoires de MM. des Glajeux et Desjardins ont été tous les deux couronnés. Tous les deux ont été très-justement appréciés dans le rapport de M. le professeur Batbie. Ils se recommandent par une érudition très-étendue et une grande intelligence des études historiques. Dans l'exposition du droit moderne les deux concurrents se sont montrés habiles civilistes, mais ont-ils toujours bien saisi et bien exposé les principes de notre législation administrative? C'est ce que nous n'oserions affirmer. M. Desjardins ne nous paraît pas, du moins, avoir assez tenu compte du droit de délimitation qui appartient à l'autorité administrative sur le domaine public, et nous ne pouvons souscrire aux raisons qu'il donne pour soutenir la nécessité de la transcription des ventes administratives. Quoi qu'il en soit, ces deux mémoires sont des livres remarquables et font honneur à la Faculté de droit de Paris.

R. D.

Droit des gens moderne de l'Europe, avec un supplément contenant une bibliothèque choisie du droit des gens, par J.-L. Kluber; nouvelle édition, annotée et complétée par M. A. Ott; 1 vol. in-8, prix : 7 fr. 50 c., et aussi 1 vol. in-12, format anglais, prix : 4 fr. 50 c. Guillaumin et Durand, éditeurs.

La fin du siècle dernier a donné le jour à plusieurs publicistes dont les ouvrages servent encore de règle et de guide dans l'étude du droit des gens, malgré les grands ébranlements politiques et militaires qui ont agité le monde et reconstitué les nations sur des bases territoriales différentes, et organisé le gouvernement intérieur des peuples d'après des principes nouveaux. Martens fut un de ces publicistes; comme son compatriote et son émule, Klüber a pu à la fois assister au spectacle du déchirement de l'ancien ordre de choses et envisager les nécessités de la reconstitution de l'édifice européen.

La vie de Klüber, comme on peut le voir par la notice biographique qui précède la nouvelle édition de son *Droit des gens moderne de l'Europe*, est celle de tous les hommes notables de l'Allemagne; elle se partage entre l'activité et les honneurs de l'enseignement académique, la publication de ses ouvrages et une certaine participation aux fonctions publiques.

Né à Thann, près Fulde, en 1762, Klüber s'occupa d'abord du droit allemand, fut nommé professeur de droit à Erlangen, y poursuivit ses premiers travaux sur les institutions politiques de l'Allemagne et du droit public de l'empire germanique. Après le congrès de Rastadt, en 1798, et surtout après la paix de Lunéville, d'importants changements eurent lieu au delà du Rhin. Klüber, qui venait de passer de l'université d'Erlangen à celle d'Heidelberg, illustrée alors, comme aujourd'hui, par tant d'hommes de talent, publia son *Droit public de la confédération du Rhin*. Avant 1815, Klüber avait quitté l'enseignement pour les fonctions de conseiller d'Etat du grand-duc de Bade. Comme tel, il séjourna à Vienne, pendant toute la durée du congrès qui se tint dans cette ville, après la chute de Napoléon. Le goût du droit public et du droit des gens se développa alors chez lui, et peu après, sous l'inspiration et les enseignements des grands événements de l'époque, il publia, en 1818, alors qu'il venait de s'attacher pour quelque temps au service du gouvernement prussien, la 1re édition française de son *Droit des gens moderne de l'Europe*, réédité en 1822 en langue allemande. Klüber est mort à Francfort, en 1836; la fin de sa carrière fut aussi laborieuse que l'avaient été les débuts.

Le *Droit des gens moderne de l'Europe* manquait depuis longtemps dans la librairie, et la nouvelle édition donnée par M. Ott a tout d'abord le mérite de son opportunité, qui doit lui ménager un bon accueil; c'est qu'en effet le manuel du droit des gens de Klüber, — le mot *manuel* ne doit pas être pris en mauvaise part, — se recommande par de précieuses qualités ; l'impartialité de l'auteur est incontestable ; la clarté de son style est remarquable. Klüber, par son caractère et par la nature de son esprit, ne pouvait participer à toutes les tentatives de réaction qui se manifestèrent en Allemagne, et notamment en Prusse, sous le prince de Hardenberg. Il en sentait les dangers et croyait à l'impossibilité de revenir aux anciennes lois sociales et politiques. Aussi ses ouvrages participent des qualités de son caractère et de son esprit.

M. Ott, que recommandent d'importants travaux philosophiques, a donné des soins intelligents à la nouvelle édition de Klüber; il a su, tout en prenant pour point de départ l'édition française de 1818, l'améliorer en tenant compte des changements

et des additions de l'édition allemande de 1822. Cette entreprise n'était pas sans danger. A un autre point de vue, l'œuvre de M. Ott n'était pas moins délicate; un demi-siècle a apporté à l'état territorial de l'Europe de grands changements; les doctrines du droit des gens n'ont pas subi de moindres altérations; enfin, la science a marché et d'importants ouvrages ont paru. M. Ott n'a pas négligé ces éléments nouveaux et dans des notes d'une certaine étendue, il a complété et rectifié les doctrines de Klüber. Peut-être la modestie de M. Ott l'a-t-elle trop enchaîné relativement à l'étendue et à l'importance à donner à certaines matières, à peine effleurées au commencement du siècle. Néanmoins, dans les conditions nouvelles où se présente le *Droit des gens moderne de l'Europe*, cet ouvrage, enrichi d'une bibliographie complète, est précieux pour l'étude d'une science que les hommes d'Etat, les jurisconsultes et même les plus simples citoyens doivent connaître, afin de s'initier plus profondément à la connaissance du lien moral qui unit tous les hommes, abstraction faite de leur nationalité, et préparer la grande association des peuples, qui, providentiellement, est dans les destinées de l'humanité. Chaque nation revendique à juste titre son individualité, mais toutes doivent se reconnaître solidaires les unes des autres. Aussi, et cette considération est consignée dans la *Philosophie du droit* de Lerminier, bien que le droit international occupe déjà une grande place dans l'histoire des législations, il est évident qu'un nouveau droit des gens s'élabore, supérieur encore à celui de Grotius, de Montesquieu et de Napoléon, tout à fait social et cosmopolite, d'où sortira l'indépendance de chaque peuple et la solidarité du monde.

CH. VERGÉ.

Cours de droit administratif, par M. TH. DUCROCQ, agrégé, chargé du cours de droit administratif à la Faculté de Poitiers, in-8. Paris, Auguste Durand, rue des Grès-Sorbonne, 7. Prix : 8 fr.

Le droit administratif est, sans nul doute, celui qui offre au professeur le champ le plus vaste et le plus varié. L'absence de codification, le nombre des textes, leur mobilité, qui sont dans la pratique une source de difficultés, laissent, au contraire, à la doctrine une liberté propre à donner à ses travaux plus d'intérêt

et d'originalité. Les commentaires méthodiques de nos Codes produisent trop souvent sur les esprits pratiques une impression de trouble et de défiance, à laquelle ils ont peine à se soustraire. Habitués à voir les articles assujettis à un ordre souvent défectueux, mais dont l'habitude même leur dissimule les défauts, ils redoutent l'excès de méthode. Loin de se montrer reconnaissants envers ceux qui protestent au nom de la science contre une classification vicieuse, ils sont trop enclins à les accuser de venir capricieusement troubler cet ordre auquel leurs yeux et leurs esprits sont accoutumés.

Les auteurs d'ouvrages purement doctrinaux sur le droit administratif n'ont ni à lutter contre ces préventions, ni à redouter ces reproches. Tout au contraire, la pratique embarrassée et effrayée par le nombre chaque jour croissant des textes, par l'absence complète de coordination, est heureuse de trouver un guide et accueille volontiers le secours de la théorie. Ne pouvant elle-même rechercher et formuler les principes, elle sait gré à ceux qui les résument avec méthode et clarté.

« Ce n'est pas tant la force et la subtilité, que je demande, comme l'ordre. » C'est surtout aux ouvrages de cette nature que peuvent justement s'appliquer ces paroles de Montaigne. L'ordre doit être, en effet, la qualité essentielle de tout livre destiné à résumer les règles d'une science. C'est celle qui distingue l'excellent volume que nous signalons auxlecteurs de la Revue.

« Résumer et vulgariser le vaste ensemble du droit administratif, » tel est le but que s'est proposé l'auteur. Il n'a pas voulu entreprendre un commentaire détaillé des lois administratives, discuter les textes, analyser et critiquer la jurisprudence. Il s'est contenté de dégager nettement les principes, de les exposer sous une forme qui les rend facilement saisissables. Son livre est court, et ce n'est pas un mérite sans importance à nos yeux. L'auteur a su choisir avec tact ce qui est réellement fondamental dans chaque matière, laisser de côté ce qui n'offre qu'un intérêt secondaire. Il fait ressortir clairement l'esprit et la portée des lois, aimant mieux souvent en mettre le texte sous les yeux du lecteur que l'obscurcir par des paraphrases inutiles. Le plan est simple et bien ordonné ; M. Ducrocq n'a pas recours à ce luxe de subdivisions qui est d'ordinaire une preuve d'impuissance. Le style est clair, sobre, rapide, sans sécheresse fatigante comme

sans élégance affectée. L'auteur ne cherche pas à paraître savant; il veut avant tout être compris; il écrit « non pour ceux qui savent déjà, mais pour ceux qui veulent apprendre les éléments de la science. »

Après avoir indiqué les limites dans lesquelles le droit administratif doit être renfermé, et signalé les différences qui le distinguent du droit constitutionnel, M. Ducrocq traite, dans une première partie, « des autorités, des conseils et des tribunaux administratifs considérés au point de vue de leur organisation, de leurs attributions et de leurs formes de procéder. » Le caractère et les fonctions de chacun des agents de l'administration centrale, départementale et communale, sont indiqués avec une remarquable précision; les règles relatives à l'organisation sont clairement et complétement résumées.

Le second titre a trait à la réglementation des principes de l'ordre politique, religieux, naturel et civil, c'est-à-dire, aux lois ayant pour but l'application de la plupart « des grands principes de 1789, reconnus, confirmés et garantis par la Constitution. » L'auteur a établi un heureux rapprochement entre ces principes et les lois destinées à les appliquer. C'est surtout dans cette partie du droit administratif qu'apparaît l'incessante mobilité des lois portant chacune l'empreinte des temps qui l'ont vu naître, présentant toutes la trace des théories sages ou imprudentes qui se sont tour à tour partagé nos faveurs inconstantes. Plus que pour toute autre matière, la vulgarisation est ici une œuvre utile. Plus un État est démocratique, plus est nécessaire la connaissance des lois qui constituent la base même de la société. Quelle étude plus importante pour chaque citoyen que celle des lois relatives à la liberté individuelle, au droit de réunion et d'association, à la liberté de la presse, du commerce, de l'industrie, aux restrictions apportées au droit de propriété? Rien ne montre mieux la nécessité de propager la connaissance de ces lois que les transformations si fréquentes qu'elles ont subies dans notre pays, suivant que les idées absolues ou libérales prévalaient parmi nous.

La dernière partie est consacrée aux personnes morales. L'Etat, les départements, les communes, les établissements de bienfaisance, etc., y sont l'objet d'une étude très-complète, quoique succincte.

[illegible]

fût l'origine. L'une a pour but d'établir l'égalité entre ces successibles, quant à la succession même; l'autre avait pour effet d'amener entre les copartageants une égalité radicale. Aussi est-ce avec raison que M. Couteau remarque qu'au lieu de traduire par le mot *rapport* le mot *collatio*, on devrait l'appeler un *apport*. On comprend que nos lois, gardiennes vigilantes de l'égalité, mais dans la mesure de la justice, aient repoussé ce que l'institution romaine avait d'absolu, et n'en aient retenu que ce qu'il y avait d'équitable. Au reste, chez les Romains eux-mêmes, la *collatio* n'a pas toujours conservé le caractère tranché que nous venons de signaler, et la marche des temps a fait sentir sur elle son irrésistible influence. C'est la transformation de la *collatio* en rapport à succession et l'état actuel de cette partie de nos lois, que M. Emile Couteau s'est proposé de traiter. Il l'a fait d'une manière complète, en rassemblant tous les textes et tous les documents propres à éclairer cette matière, et en traitant à fond toutes les difficultés qu'elle soulève.

Il faut reconnaître des mérites semblables dans le traité de M. Potel sur les articles 2121 et 2135 du Code Napoléon. Il serait difficile de trouver, sur l'hypothèque de la femme mariée, une étude plus consciencieuse, dans des limites restreintes. On y rencontre d'ailleurs des aperçus historiques et surtout des remarques philosophiques qui élargissent le plan de l'ouvrage et qui étendent sa portée. S'il fallait en juger par cet écrit et par celui de M. Caillemer, le barreau de la Cour impériale de Caen manifesterait une heureuse tendance vers l'alliance du droit et de la philosophie.

M. Caillemer, en effet, a abordé un sujet qui n'intéresse pas moins l'économie politique et la morale que la jurisprudence, et que l'Académie des sciences morales et politiques proposait récemment comme sujet d'un de ses concours : les intérêts ! Combien cette matière n'a-t-elle pas soulevé de discussions à des points de vue divers ! Est-il licite, est-il moral de retirer des fruits de son argent ? Cette question brûlante s'est traitée à Rome sur la place publique et sur le mont Aventin ; chez nous, elle a été l'objet de décisions canoniques aussi bien que d'ordonnances royales ; depuis Aristote jusqu'aux économistes de nos jours, elle a inspiré les philosophes des partis les plus opposés ; enfin, réservée par la sagesse et la prudence de la Cour

de Rome, elle n'a pas encore aujourd'hui reçu de solution définitive, et le prêt à intérêt n'est, de la part de l'Eglise, que l'objet d'une tolérance qui s'est pliée aux nécessités des temps et accommodée à la faiblesse des hommes. Inutile de dire que nous ne voulons pas entrer dans la discussion de ces questions. Nous ne pouvons même les indiquer toutes ; nous ne suivrons pas non plus l'auteur dans les considérations qu'il émet sur l'opportunité qu'il y aurait à modifier la loi du 3 septembre 1807, bien que ses idées à cet égard soient dignes d'examen. Il nous suffit de renvoyer les lecteurs de la *Revue* au travail de M. Caillemer. Ils y trouveront une étude tracée avec une indépendance un peu vive, mais avec une science de l'histoire et du droit qui ne laisse rien à désirer ; étude, qui, selon nous, doit être considérée comme une pièce utile dans ce grand procès du prêt à intérêt, resté jusqu'à ce jour en état de plus ample informé.

PAUL CHARPENTIER.

Histoire de l'université de Paris aux dix-septième et dix-huitième siècles, avec une table chronologique des chartes la concernant depuis ses origines, par CHARLES JOURDAIN, ancien professeur de philosophie, chef de division au ministère de l'instruction publique et des cultes.

M. Jourdain, auteur de la *Philosophie de saint Thomas*, couronnée il y a quelques années par l'Académie des sciences morales et politiques, vient de publier les deux premières livraisons in-folio d'une nouvelle histoire de l'Université de Paris.

Nous n'avions jusqu'ici sur l'Université que l'histoire de Duboulay, l'abrégé qu'en a donné Crevier, et quelques ouvrages de seconde main dont les auteurs s'étaient à peu près contentés d'extraire de Duboulay ce qu'ils avaient jugé digne d'intérêt, en y ajoutant d'eux-mêmes fort peu de chose. M. Taranne préparait un recueil de chartes inédites, lorsqu'une mort prématurée vint interrompre un travail dont il avait seulement réuni quelques matériaux. Tout cela aujourd'hui ne peut suffire. L'œuvre de Duboulay renferme sans doute des documents considérables, réunis avec soin et étudiés avec une certaine sagacité. Mais, sans parler de sa rédaction, si diffuse, que Crevier s'est cru obligé de la refaire, elle a des défauts essentiels ; celui de n'être pas complète, car elle omet des pièces importantes ; celui de s'arrêter à la fin du seizième siècle, en sorte que nous sommes aujourd'hui

très-ignorants sur l'état de l'instruction publique pendant les deux cents ans qui ont précédé la révolution ; enfin, ce n'est pas là son moindre tort à nos yeux, celui d'avoir été écrite dans un temps où l'ancienne Université de Paris était debout, où, par conséquent, des questions qui sont devenues purement historiques avaient un intérêt d'actualité. D'où il résulte qu'il y a peu de lectures aussi fatigantes aujourd'hui. Quant au recueil préparé par M. Taranne, l'auteur l'avait laissé très-incomplet, et il n'a pu que fournir à M. Jourdain un petit nombre de matériaux.

Le travail dont nous voulons entretenir nos lecteurs comprend deux parties. La première est une table ou index chronologique des chartes qui concernent l'Université depuis son origine jusqu'à la fin du seizième siècle. Toutes les fois que M. Jourdain a rencontré des pièces dont Duboulay n'avait pas eu connaissance, il les a données *in extenso ;* or, plusieurs de ces pièces nouvelles ont une importance capitale. Nous avons remarqué dans la livraison déjà parue, un concordat inédit de l'an 1213, par lequel Innocent III met fin à un différend survenu entre le chancelier de l'Université et les écoliers ; une lettre d'Innocent IV à l'évêque de Senlis pour autoriser l'Université à avoir un sceau particulier, prétention qui avait été le sujet de longs débats et même de troubles à Paris ; diverses lettres des rois et bulles des papes relatives au collége de Sorbonne, lors de ses commencements, c'est-à-dire dans les dernières années du treizième siècle.

Mais si cette première partie est remarquable par l'ordre et la précision qui sont les qualités essentielles de tout recueil de documents, autant que par l'étendue des recherches qu'elle suppose et par l'érudition du commentaire, elle n'est cependant que la préface de la seconde. Cette dernière, qui est la principale, renferme l'histoire de l'Université depuis le règne de Henri IV. La livraison déjà publiée comprend les règnes de Henri IV et de Louis XIII.

Comme M. Jourdain le remarque dès son début, ce n'est pas là l'époque la plus brillante de l'Université. Elle n'était plus alors un corps purement religieux, relevant du pape bien plus que du roi, et se mouvant dans le cercle étendu de ses priviléges avec une grande liberté, bien que sous la direction de l'Eglise et du saint-siége. Elle était devenue une sorte d'insti-

tution mixte, relevant de l'Etat, dirigée, administrée et *réformée* par lui Elle faisait encore partie de l'Eglise comme au moyen âge, et cependant elle était loin du moyen âge, parce que tout avait changé autour d'elle, et qu'elle avait changé comme la société.

Mais si l'institution avait, par cela même, un caractère bâtard, et, par conséquent, un vice essentiel, il est bon d'ajouter que l'histoire du corps enseignant étant, en grande partie, celle des sciences et des lettres, les deux derniers siècles de l'Université rachètent amplement, à ce point de vue, l'infériorité qu'ils peuvent avoir à un autre titre.

M. Jourdain a toutes les qualités que n'avait pas Duboulay; il sait exposer les faits historiques avec tout le détail qui en garantit la vérité, et dans la mesure de leur intérêt actuel. Il nous fait connaître la vie qui régnait dans les écoles, la nature des débats qui s'y agitaient ; il nous fait pénétrer dans un monde un peu trop oublié, qui n'avait pas toujours beaucoup d'éclat, mais qui se distinguait par des mérites essentiels, des habitudes régulières, laborieuses, un sentiment profond de ses devoirs, de son action sur la société, et surtout de sa dignité. Tout cela doit tenir une place dans l'histoire générale. Car c'est l'Université qui a le plus contribué à former les hommes du dix-septième et du dix-huitième siècle, elle a particulièrement formé ce qu'il y a eu de mieux dans les générations de ce temps. Mais c'est au point de vue de l'instruction publique actuelle que le livre de M. Jourdain offre surtout matière à une foule d'observations curieuses. S'il y a loin de l'Université d'aujourd'hui à celle de Richelieu, il n'en est pas moins vrai que nous avons conservé un certain nombre des traditions d'autrefois; or, une histoire bien faite comme celle de M. Jourdain, nous permettra d'apprécier la valeur de ces traditions. Nous avons aussi abandonné beaucoup d'usages qui avaient du bon, et qui, *mutatis mutandis*, pourraient avec avantage être remis en vigueur. Par exemple, les Universités avaient autrefois leurs priviléges; elles élisaient leurs doyens, leurs recteurs. Tous ces priviléges seraient aujourd'hui parfaitement inapplicables, s'ils étaient pris à la lettre; mais, en est-il de même de l'esprit qui les a créés? Pourquoi les Universités n'éliraient-elles pas, dans certains cas, leurs présidents, comme font les différentes classes de l'Institut? Pourquoi ne se recruteraient-

elles pas elles-mêmes? Pourquoi ne s'administreraient-elles pas elles-mêmes? Pourquoi ne s'administreraient-elles pas sous la surveillance d'un commissaire du gouvernement, comme cela se passe en Belgique, par exemple ?

Ce sont là de grosses questions que M. Jourdain ne devait pas et ne pouvait pas aborder ; il s'est enfermé scrupuleusement et avec beaucoup de raison dans son cadre historique ; mais l'histoire a beau être impartiale et vue de haut, quand elle est intelligente et vraie, c'est-à-dire quand elle représente l'activité, le mouvement et les luttes de la vie réelle, elle nous fait faire d'inévitables et d'intéressants retours sur nous-mêmes. C'est assurément là qu'est sa plus grande utilité. Peut-être, quand la publication de M. Jourdain sera terminée, examinerons-nous plus particulièrement les questions qu'elle soulève. En attendant, nous ne saurions assez attirer l'attention sur un ouvrage de cette importance, qui prouve que l'érudition française actuelle n'a rien à envier à celle d'autrefois, qu'elle lui est même supérieure à plus d'un titre, et qui assure à M. Jourdain un rang très-élevé, non-seulement parmi les érudits, mais encore parmi les historiens.

C. Dareste,
Professeur d'Histoire à la Faculté des Lettres de Lyon.

ETUDE HISTORIQUE

SUR LES ORIGINES DU JURY.

> La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert.
>
> (MONTESQUIEU, *Esp. des lois*, liv. XI, ch. VI.)

L'institution du jury, regardée comme une des bases de la justice pénale dans notre législation, est inscrite dans nos constitutions au nombre des principes fondamentaux de la société moderne. Ce n'est cependant qu'après de vives discussions et de longs débats qu'elle a pris place dans notre organisation judiciaire. Restreinte aux jugements des affaires criminelles, elle est encore considérée comme une institution en quelque sorte exceptionnelle, et loin de s'étendre, elle semble perdre chaque jour quelques-unes de ses attributions. Le nombre des affaires soumises aux Cours d'assises diminue chaque année ; les statistiques en font foi, et ce résultat est dû, tout le monde le reconnaît, à la nécessité admise par les tribunaux, de correctionnaliser les affaires de moindre gravité, en écartant les circonstances aggravantes, constitutives des crimes. L'importance du jury se trouve ainsi diminuée.

En Angleterre, au contraire, le jury domine l'organisation judiciaire. Il fonctionne pour le jugement de toutes les affaires civiles et criminelles ; les Anglais le regardent comme la véritable garantie des libertés publiques. Est-il vrai, comme on l'a prétendu, que ce système soit préférable au nôtre? Cette question présenterait assurément le sujet d'un travail plein d'intérêt, mais qui nécessiterait un examen sérieux et approfondi, non-seulement de l'institution elle-même, mais de son fonctionnement en Angleterre, et une appréciation impartiale du caractère de chaque nation. Nous n'osons pas aborder une étude aussi délicate, et nous nous proposons simplement de rechercher ici les origines du jury.

Pour bien connaître une institution, pour en apprécier la force et l'utilité au point de vue social, il est nécessaire de remonter à sa naissance, et d'en suivre pas à pas le développement aux différentes époques de la société. De savants ouvrages ont été publiés sur l'histoire du jury; quelques auteurs ont cru trouver son origine dans la législation de l'Angleterre; nous voulons remonter plus haut, en rechercher les traces dans le droit ancien, et en signaler les vestiges dans les législations qui se sont succédé dans notre pays. Nous en trouverons les bases fondamentales dans les mœurs et dans les coutumes des peuples qui nous ont précédés. Heureux si le simple exposé que nous allons présenter peut jeter quelque lumière sur l'histoire d'une institution qui tend à devenir, en matière criminelle, la base de l'organisation judiciaire des nations européennes.

Si nous considérons le jury, tel que nous le comprenons aujourd'hui, comme exigeant le concours de deux natures de juges distincts, ayant des attributions séparées, les juges du fait et les juges du droit, nous trouverons ce fait, comme une rare exception, dans le droit ancien. Mais, pour bien comprendre l'origine de cette institution, il faut, à notre avis, en étudier le véritable caractère, le principe fondamental, regardé par tous les publicistes comme une garantie de la liberté publique : l'intervention des citoyens dans le jugement des affaires criminelles.

Ce principe était admis chez tous les peuples et dans les législations les plus anciennes. Nous en découvrirons des traces dans la législation attique, dans le droit romain, dans les coutumes barbares : nous le verrons se développer un instant dans la législation romaine, puis dans les institutions françaises du moyen âge, et disparaître, à ces deux époques différentes, étouffé par l'envahissement du pouvoir souverain; nous le verrons se maintenir, au contraire, dans la législation de l'Angleterre, et s'y régulariser de manière à servir de modèle à son organisation chez les peuples modernes. Nous étudierons avec soin, à ces diverses époques, les vestiges de cette institution, pour en signaler les similitudes avec les règles du jury moderne, déterminer les causes qui en ont amené la défaillance et l'abandon, et fixer ainsi les véritables caractères qui peuvent en assurer le maintien dans notre législation.

CHAPITRE I.

DES JUDICES JURATI DANS LE DROIT ROMAIN.

L'organisation judiciaire des premiers siècles de Rome a des rapports nombreux avec la législation de la Grèce. Au point de vue qui nous occupe spécialement, nous trouvons les mêmes principes admis dans les deux pays. A Athènes, la plus ancienne juridiction criminelle était l'assemblée du peuple ; mais elle n'intervenait que dans les affaires les plus graves, dans les accusations politiques. L'aréopage, composé de véritables magistrats, connaissait du jugement de la plupart des crimes. Quelques causes moins importantes, comme les homicides involontaires, étaient seules soumises au tribunal des éphètes, composé de cinquante et un juges, choisis chaque année dans le sein du sénat. Périclès, revenant au principe du jugement par le peuple, restreignit la compétence de l'aréopage à certains crimes passibles de la peine capitale, et soumit le jugement des autres affaires au tribunal des héliastes, composé des citoyens de toutes classes, sans autre condition d'aptitude que l'âge de trente ans et une réputation intacte. Six mille citoyens, désignés chaque année par le sort, y venaient siéger successivement. Ils se divisaient en sections. Le nombre des juges variait suivant l'importance des procès ; il était en général considérable. Le tribunal des héliastes devint la juridiction ordinaire des Athéniens ; il représentait l'assemblée du peuple et sanctionnait le principe, regardé comme nécessaire pour la bonne administration de la justice, de l'intervention du peuple dans le jugement des affaires criminelles.

Dans les premiers siècles de Rome, nous retrouvons une organisation identique. L'histoire assez obscure de ces anciens temps semble, il est vrai, établir l'existence, entre les mains des rois, d'une certaine juridiction, plus tard déléguée aux duumvirs ; mais les principaux auteurs signalent en même temps le droit d'appel au peuple, de la décision des princes et duumvirs [1]. Ce droit fut sanctionné dès la seconde année du consulat par la loi Valéria, et confirmé par la loi des Douze Tables, qui restitua au peuple

[1] Cicéron, *De repub.*, II, 31 ; Sénèque, *Epist. Lucilio*, CVII.

la juridiction criminelle regardée comme attribut de sa souveraineté. Bientôt s'organisèrent les comices centuries, composés de citoyens convoqués et présidés par le consul ou le préteur, auxquels fut soumis pendant plusieurs siècles, le jugement des affaires criminelles.

Passons rapidement sur ces temps éloignés, où nous avons dû signaler seulement le respect du jugement par le peuple, pour arriver à une époque où ce principe se régularise et se développe avec des formes qui présentent de véritables similitudes avec l'organisation du jury moderne.

Au septième siècle de l'ère romaine, les juridictions se fixent et deviennent permanentes. Le droit d'accusation appartient à tous les citoyens ; l'action est portée devant le préteur, qui examine les faits, et recherche si elle existe légalement. Il appelle ensuite, pour composer le tribunal, des citoyens pris sur une liste spéciale pour chaque délit, dressée par lui, à son entrée au pouvoir. La réunion des citoyens désignés ainsi pour participer au jugement, portait le nom de *concilium* ou *judices jurati*. Ils furent longtemps choisis uniquement dans le sénat.

Le préteur en désignait chaque année quatre cent cinquante, divisés en trois décuries, qui devaient siéger successivement. Ce privilége du sénat excita de violentes jalousies. La loi Sempronia, proposée par Caïus Gracchus, transféra les fonctions de juges à l'ordre des chevaliers. Des luttes violentes s'ensuivirent, et la loi Servilia parvint à peine à apaiser ces discordes, en partageant le droit de juger entre les chevaliers et les sénateurs. Bientôt la loi Glaucienne le rendit complétement aux chevaliers ; puis la loi Livia le répartit de nouveau entre les deux ordres, en portant à six cents le nombre des *judices*. Enfin, la loi Plautia leur adjoignit quinze plébéiens de chaque tribu.

Tel était l'état des choses au moment de la dictature de Sylla, qui restitua aux sénateurs le droit exclusif de juger. L'histoire nous révèle les iniquités judiciaires de cette époque ; et bientôt après la chute du dictateur, Aurélius Cotta fit rendre une loi portant que les *judices jurati* seraient pris dans les trois ordres des sénateurs, des chevaliers et des tribuns du trésor, représentant l'ordre des plébéiens. Enfin, la loi Pompéia maintint le droit des trois classes, mais exigea certaines aptitudes légales. Elle substitua aux listes faites par les préteurs pour chaque délit,

une liste générale et annuelle dressée par le préteur de la ville. Les *judices jurati* durent être âgés de trente ans au moins, et jouir d'un certain revenu.

La formation du tableau des *judices jurati* appelés au jugement de chaque affaire se faisait par le sort, *per sortitionem*. L'accusateur et l'accusé avaient le droit de récuser un certain nombre de *judices*, *quos parum sibi putarent idoneos*. Ces récusations avaient lieu publiquement, et la partie n'était pas tenue de les motiver. Les citoyens appelés à siéger pouvaient proposer des excuses tirées de maladies, de fonctions publiques ; quelques professions libérales, telles que les maîtres de philosophie, jouissaient d'une exemption légale [1]. Le préteur statuait sur ces excuses. Ceux qui ne pouvaient en proposer étaient tenus de prendre part au jugement. C'était une charge publique à laquelle les citoyens ne pouvaient se soustraire.

Le nombre des *judices jurati* variait suivant la gravité et l'importance des affaires. Nous en voyons siéger quarante et un dans le procès de Milon ; soixante-quinze dans l'accusation dirigée contre Pison. Ils prêtaient serment de juger suivant les lois. Après que les preuves avaient été produites et les plaidoiries entendues, le préteur ordonnait qu'on procédât au jugement. Dans l'origine, les opinions des *judices* étaient données de vive voix ; plus tard, le vote au scrutin fut seul en vigueur ; il se faisait au moyen de tablettes sur lesquelles chacun écrivait ces mots : *Absolvo* ou *Condemno*. Si la majorité déclarait qu'il y avait lieu à condamnation, le préteur proclamait le résultat du scrutin, et l'accusateur requérait l'application de la peine fixée par la loi, qui était prononcée par les *judices*, sans pouvoir être modifiée.

Ainsi se retrouve, dans l'histoire judiciaire du peuple romain, la distinction des juges du droit et des juges du fait, base de l'institution du jury chez les peuples modernes : le préteur, juge du droit, chargé de statuer sur la légalité de l'action, de surveiller l'accomplissement des formes légales; les *judices jurati*, statuant sur le fait, seuls appelés à déclarer la culpabilité de l'accusé. Si ces mêmes juges statuent sur l'application de la peine, il ne faut pas oublier que la disposition pénale écrite dans la loi, ne pouvant être modifiée, rentrait véritablement dans la déclaration du fait lui-même.

[1] Dig., lib. L, tit. V, *De vacat. munerum.*

Cette organisation judiciaire devait bientôt perdre son autorité. La corruption des mœurs, dans les dernières années de la république, avait envahi la justice; la prévarication des *judices* était notoire; l'histoire a conservé le hideux tableau des trafics de cette époque; des juges recevaient de l'argent de l'une et l'autre des parties; les plus honnêtes tarifaient le prix d'un acquittement ou d'une condamnation [1]. D'autres, après avoir vendu leur suffrage, apportaient un vote contraire à ce honteux trafic. De là, des iniquités flagrantes, dont le souvenir s'est perpétué jusqu'à nous, et qui anéantissaient le caractère même de l'institution.

Dès le commencement de l'empire, les commissions prétoriennes, dont le principe était le concours des jurés au jugement, reçurent de graves atteintes. Les *questiones perpetuæ* furent cependant maintenues pendant quelque temps. Les préteurs continuèrent de les former sur les listes annuelles des *judices;* mais cette juridiction ne devait pas tarder à perdre une partie de ses attributions. Sous Tibère, les crimes politiques furent soumis au sénat, qui devint une haute cour criminelle, devant laquelle on porta bientôt le jugement de certains crimes ordinaires [2]. D'autres affaires furent soumises à la juridiction de l'empereur lui-même, *cognitioni Cæsaris*, qui jugeait souvent sans le concours d'assesseurs. Sous Adrien, un conseil régulier fut établi près de la personne de l'empereur, sous le nom de *sacrum auditorium*, tribunal permanent dans lequel on ne trouve plus aucune trace de l'institution du jury. Ce conseil, composé de sénateurs et de jurisconsultes éclairés, attira la plupart des affaires déférées au sénat. La juridiction des préteurs, dépouillée d'abord au profit du sénat d'une partie de ses attributions, dominée ensuite par la justice impériale, n'occupa plus qu'une place inférieure dans le pouvoir judiciaire.

Des causes diverses expliquent ces changements. Depuis la loi Pompéia, qui avait fixé la composition des commissions prétoriennes, le choix des *judices jurati* avait reçu, dans les derniers temps de la république, et sous le règne des premiers empereurs, des modifications arbitraires qui contribuèrent à la déca-

[1] Cicéron, *in Verrem*; Cicéron, *pro Cluentio*.
[2] Tacite, *Ann.*, III, 22 et 23.

dence de cette juridiction. Nous avons dit que les *judices* devaient être choisis dans les trois ordres des sénateurs, des chevaliers et des tribuns du trésor. Antoine, sous le prétexte d'y comprendre les officiers de ses légions, fit entrer dans la dernière classe, des hommes indignes d'en faire partie, des saltimbanques, des musiciens, les débauchés qui l'entouraient. Cicéron signale vivement cet abus de pouvoir : *Saltatores, cytharistas, totum denique commissationis Antonianæ chorum in tertiam decuriam judicum, scitote esse conjectum* [1]. En vain, les protestations s'élevaient contre ces adjonctions; le pouvoir des Césars étouffait toutes les plaintes. Auguste ajouta aux trois décuries une quatrième classe composée de gens qui ne payaient qu'un faible cens. Caligula établit une cinquième décurie. Ainsi, le droit de faire partie des *judices jurati* cessait d'être réservé aux classes supérieures; mais, au lieu de s'élever par cette extension, l'institution elle-même perdait de son autorité, par la nature des adjonctions qu'elle recevait. Le mépris commençait à s'attacher à ces fonctions, et les *judices*, qui n'étaient portés à les remplir par aucun sentiment de patriotisme, cherchaient à s'en exempter, toutes les fois qu'ils n'y trouvaient pas un appât, dans les profits de la corruption.

Ces causes développèrent, dès le commencement de l'empire, les *cognitiones extraordinariæ*, dans lesquelles le magistrat retenait seul la connaissance de l'affaire et la jugeait sans l'assistance des jurés. Nous ne connaissons aucune loi qui établisse ou organise cette nouvelle juridiction; elle paraît s'être créée arbitrairement, née de l'empiétement du magistrat enhardi par l'indifférence des *judices jurati* et le peu de respect qu'ils inspiraient. Bientôt, les pouvoirs des préteurs eux-mêmes furent absorbés par le *prefectus Urbis*, premier magistrat de l'empire, qui, dominant par ses fonctions tous les magistrats de la ville, s'empara peu à peu de leurs attributions, s'attribua la puissance judiciaire, et établit un tribunal, *auditorium*, auquel il soumit toutes les affaires criminelles [2].

Tels sont les principaux événements qui amenèrent dans l'empire romain la suppression des *judices jurati*. Dioclétien voulut

[1] Cicéron, *Philipp.*, V, 6.

[2] Faustin Hélie, *Inst. crimin.*, t. I, ch. IV.

remédier à l'anarchie judiciaire; il suivit la pente des mœurs et du temps, il ne songea pas à relever le jury; il abolit, au contraire, l'*ordo judiciorum* et les listes annuelles des *judices jurati*. Cette suppression fut générale : elle s'étendit aux provinces et, depuis cette époque, les magistrats purent juger seuls toutes les affaires criminelles [1]. L'intervention des citoyens aux jugements disparut complétement dans le droit romain, et nous voyons se former des tribunaux composés du magistrat supérieur, *prefectus Urbis*, dans les villes italiennes, *proconsul*, dans les provinces, qui n'ont pour assesseurs, lorsqu'ils ne jugent pas seuls, que des juges permanents, désignés tantôt par le sénat, tantôt par les lieutenants impériaux eux-mêmes.

En résumé, nous trouvons dans le droit romain, depuis le septième siècle de l'ère romaine jusqu'au règne de Dioclétien, l'institution des jurés fonctionnant avec une organisation qui présente de grandes similitudes avec celle qu'elle a reçue dans les législations modernes : intervention des citoyens au jugement des affaires criminelles, distinction du fait et du droit, qualification du délit réservée au magistrat, droit de récusation, examen des preuves laissé aux *judices jurati* qui prononcent, il est vrai, la peine contre le coupable, mais sans pouvoir la modifier. Quel a été à cette époque l'écueil de cette institution, la cause de sa décadence? En dehors de la corruption des mœurs qui a porté une si rude atteinte à la société romaine, il est facile de signaler, dans l'organisation de l'*ordo judiciorum*, les véritables motifs de sa faiblesse et son peu d'autorité. Le droit de siéger comme juré, réservé d'abord au sénat, puis accordé à d'autres classes, conservait un caractère de privilége contraire au principe du jugement par les pairs, et qui donnait naissance à des soupçons de partialité en faveur des classes qui en avaient le monopole.

De plus, le choix des *judices jurati* fut toujours abandonné à l'arbitraire du préteur; ceux qui devaient siéger dans chaque affaire étaient, il est vrai, désignés par le sort; mais la liste annuelle était formée chaque année par le magistrat seul, sans aucun contrôle [2]. Ainsi, ces juges ou jurés, qui n'avaient point

[1] Savigny, *Hist. du droit romain*, ch. II, § 26.

[2] Le nom de *judices selecti*, que l'on trouve dans plusieurs auteurs, venait de la manière dont était formée la liste annuelle.

le caractère du magistrat permanent, l'indépendance qui naît de la dignité même de ces fonctions, manquaient également du prestige du citoyen. Le préteur choisissait les hommes qui lui étaient dévoués, et ceux qui ne recherchaient qu'une occasion de lucre ou les profits de la corruption obtenaient facilement leur inscription sur une liste laissée à l'arbitraire d'un seul homme.

On ne peut s'étonner, dès lors, de voir l'indifférence des bons citoyens à remplir des fonctions exposées au mépris public. Cet état de chose facilita l'envahissement des juridictions impériales, et amena la chute complète d'un système judiciaire signalé depuis longtemps par sa faiblesse, son impuissance et sa partialité. C'est donc dans la mauvaise organisation des *judices* qu'il faut voir la véritable cause du peu de faveur accordée à cette institution dans le droit romain. Mais le principe de l'intervention des citoyens au jugement n'en doit recevoir aucune atteinte ; nous allons le retrouver chez les peuples germains ; nous le verrons se développer dans notre pays, réclamé par les communes, au moment de leur affranchissement, comme garantie de leur liberté, et ne succomber de nouveau sous les efforts envahissants du pouvoir souverain que pour se relever au réveil des institutions libérales.

CHAPITRE II.

JURIDICTIONS FRANÇAISES PENDANT LE MOYEN AGE. DES HOMMES JUGEURS DANS LES PLAIDS ET ASSISES.

Dans les temps antérieurs à la domination romaine, le droit de justice chez les populations gauloises paraît avoir appartenu exclusivement aux druides, caste sacerdotale qui cumulait le pouvoir religieux, le pouvoir judiciaire, le privilége de l'enseignement et une partie importante du pouvoir politique [1]. La conquête romaine eut sur ces populations une remarquable influence. Elle accoutuma les tribus gauloises aux formes monarchiques, et augmenta le pouvoir des chefs militaires. Elle modifia, en outre, complétement l'organisation judiciaire. Des assemblées de propriétaires, *possessores*, avaient lieu dans chaque

[1] Giraud, *Histoire du droit français au moyen âge*, ch. II, art. 2.

province, pour assister aux assises tenues par le gouverneur. La justice se distribuait dans une sorte de parlement ambulatoire, *conventus* ou *plaid provincial*, présidé par le propréteur, et auquel étaient appelés, comme à Rome, des *judices* ou jurés chargés de statuer sur la culpabilité des accusés. Après l'édit de Dioclétien, qui supprima l'*ordo judiciorum*, le gouverneur de la province resta seul chargé de la juridiction criminelle, qu'il put déléguer à des magistrats subalternes et permanents, *pedanei judices* [1].

Telle était la marche de la procédure criminelle dans la Gaule, au cinquième siècle, lorsque les peuplades germaniques vinrent s'y établir, et y apportèrent leurs mœurs et leurs coutumes. Quelle était, avant l'invasion, l'organisation des peuples germains? D'après Tacite [2], les affaires criminelles et autres de quelque importance, étaient soumises à la juridiction des hommes libres, réunis en assemblée générale Certaines affaires minimes pouvaient, il est vrai, être déférées aux *principes*, élus par les assemblées des tribus. Mais les pouvoirs de ces chefs électifs, qui paraissent avoir passé ensuite aux *comites* ou *graffs*, que nous trouvons mentionnés dans la loi salique, semblent se borner à présider dans leur canton les hommes libres, qui seuls rendaient les jugements ; en sorte que l'on retrouve dans les mœurs de ces anciennes peuplades l'organisation que nous avons signalée dans la législation romaine, jugement par le peuple, ou par des juges pris parmi les hommes libres, sous la présidence du chef ou *princeps*. Ainsi, nous voyons l'élément germanique se joindre à l'influence laissée dans notre pays par les conquêtes des Romains, pour y fixer le principe de l'intervention des hommes libres dans les jugements.

Ce principe ne tarda pas à se développer. Les assemblées générales du peuple, conservées pour délibérer sur les affaires publiques, devenaient difficiles par suite de l'accroissement de la nation. Chaque ville ou municipe était gouvernée par un chef, *comes*, *graff* ou *grafio*, magistrat principal de chaque communauté germanique, investi, outre les autres attributions du pouvoir, du droit de rendre la justice. Mais il n'exer-

[1] Giraud, *loc. cit.*, ch. III, art. 2.
[2] Tacite, *De moribus Germanorum*.

çait pas seul cette juridiction. Une règle générale qui, comme le remarque Montesquieu [1], tirait son origine des forêts de la Germanie, était la séparation absolue du droit de justice et du droit de participer aux jugements Le chef, *comes* ou *grafio*, se bornait à réunir les *judices* et à les présider. Les juges étaient les hommes libres, réunis dans le *mallum*, chargés d'examiner le fait et d'appliquer la loi. Cette importante distinction existe également dans la loi salique et dans les lois ripuaires. Les juges, *boni homines*, de chaque cité, *rachimburgii in mallo residentes*, sont appelés à rendre les jugements. Le texte de la loi salique semble indiquer certaines conditions d'aptitude : *Grafio congreget septem rachimburgios idoneos* [2]. Mais nous ne connaissons rien de précis sur les règles de cette capacité judiciaire. Quelques auteurs ont pensé que les rachimbourgs dont parle le texte formaient une classe spéciale réunissant les conditions exigées par la loi. Cette opinion n'est appuyée sur aucun fait, et nous croyons, avec M. Savigny, qu'il n'existait aucune classe privilégiée, et que les rachimbourgs n'étaient que les hommes libres, *boni homines*, appelés à concourir au jugement. Comment étaient-ils désignés? Était-ce par le sort ou par le choix du comte? C'est encore une question fort incertaine; mais le caractère populaire du *mallum* semble repousser la pensée que cette désignation fût laissée à l'arbitraire du chef.

Les hommes libres convoqués au *mallum* étaient obligés de s'y rendre. C'était une charge publique. Le texte de la loi salique que nous avons cité, semble indiquer que le nombre de sept était suffisant. Mais les capitulaires de Louis le Débonnaire exigent le concours de douze personnes, et lorsque sept rachimbourgs seulement étaient désignés, le comte complétait le nombre de douze, en appelant les notables et meilleurs hommes du comté : *De melioribus hominibus comitatus suppleat numerum duodenarium* [3].

Outre le *mallum*, tenu par le comte, juridiction principale et ordinaire, existaient les tribunaux des *centenarii* et des *vicarii*. Ces officiers n'étaient que les lieutenants du chef, le remplaçant

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXX, ch. XVIII.
[2] *Lex salica*, tit. LII, § 2.
[3] *Capitul.*, anno 819, cap. II ; Montesquieu, liv. XXX, ch. XVIII.

dans les subdivisions lointaines du comté, pour faciliter l'administration de la justice. Placés sous la surveillance du comte, ils tenaient comme lui le *placitum*, où les hommes libres étaient appelés à juger sous leur présidence.

Dès le septième siècle, on vit se former, à côté de ces juridictions régulières, des justices privées, attachées au domaine et à la propriété. Un principe germanique proclamait que le droit de justice est toujours attaché au droit de conduire les hommes libres à la guerre [1]. Les possesseurs de fiefs laïques, ou d'établissements ecclésiastiques, eurent leur juridiction spéciale. Nous n'avons pas à en rechercher l'origine ; mais il importe de constater que les seigneurs ne rendirent point la justice par eux-mêmes. L'édit de Clotaire, de 615, les obligeait de désigner un magistrat ou officier chargé de tenir le *placitum* et de le présider au nom du seigneur ou de l'évêque ; les jugements étaient rendus par les hommes du domaine [2].

En résumé, nous trouvons dans les juridictions des sixième, septième et huitième siècles, le développement du principe dont nous avons signalé le germe dans les mœurs des peuplades germaniques : jugement par les hommes libres, *boni homines*, pairs de l'accusé ; il est même curieux de remarquer que, dès cette époque, s'introduit la nécessité de la réunion de douze personnes pour rendre les jugements, nombre consacré par les législations modernes pour la constitution du jury.

Sous le règne des Carlovingiens, les juridictions subirent quelques modifications. Dans l'origine, les plaids ou assises, composés de la réunion des hommes libres, continuaient à se réunir à certaines époques pour rendre la justice, sous la présidence du chef, comte ou centenier. Mais cette organisation ne présentait plus que des garanties impuissantes. Les *boni homines* étaient la plupart des hommes de guerre, plus habitués au maniement des armes qu'au respect des formes judiciaires. Placés sous le commandement du comte dans les levées d'armes, et habitués à lui obéir, ils en subissaient l'influence dans le *mallum*. Ils regardaient comme une charge pénible l'obligation de se rendre au plaid, lorsqu'ils y étaient convoqués. Cette situation rendait souvent difficile l'action de la justice.

[1] Montesquieu, liv. XXX, ch. XVIII.

[2] Faustin Hélie, *Inst. crim.*, t. I, p. 203 et suiv.

Vers la fin du huitième siècle, trois faits importants modifièrent la juridiction criminelle. Le premier fut l'établissement des *missi*, chargés de parcourir les villes et bourgs, et qui reçurent, avec la surveillance des intérêts généraux, une délégation du droit de justice. Cette institution, qui se régularisa sous le règne de Charlemagne, paraît avoir eu pour but primitif d'empêcher l'envahissement des juridictions privées qui commençaient à se former. Les *missi*, au point de vue judiciaire, durent seulement remplacer le comte pour la présidence du *mallum* et des plaids; ils ne rendaient pas eux-mêmes la justice, qui resta confiée à la réunion des *boni homines*, rachimbourgs ou *arimans* de chaque comté.

Une autre institution, qui porta peut-être une atteinte plus sérieuse à la justice des plaids, fut celle des *scabini*. Malgré de savantes recherches, il reste encore quelque obscurité sur le véritable caractère de ces officiers judiciaires. Il paraît cependant établi que les *scabini* étaient spécialement désignés dans chaque circonscription, pour prendre part au jugement [1]. Ils semblent appelés pour parer aux difficultés que présentait la réunion des *boni homines* ou rachimbourgs, pour la tenue des plaids. On conserva l'usage de tenir, tous les ans, dans chaque comté, trois plaids généraux auxquels les hommes libres devaient siéger comme juges, et qui statuaient sur les affaires les plus graves. Les *scabini*, choisis parmi les hommes instruits des lois, étaient appelés à les remplacer dans les autres cas; ils pouvaient juger seuls, ou avec le concours de *boni homines;* le droit qu'avaient les hommes libres d'assister au jugement fut maintenu, mais s'ils se dispensaient de se présenter, ils étaient remplacés par les *scabini*.

Un troisième fait de cette époque, qui eut une grande influence sur l'organisation judiciaire, fut le développement des juridictions ecclésiastiques et seigneuriales. Dès le règne des premiers empereurs chrétiens, un droit de justice disciplinaire, s'étendant à tous les délits commis par les clercs, avait été reconnu aux évêques. Au huitième siècle, ce droit avait pris une grande extension, et un capitulaire de 794 reconnut formellement la juridiction ecclésiastique. Les évêques y joignirent bientôt une

[1] Savigny, *Histoire du droit romain*, § 68.

juridiction patrimoniale, sur les terres dont ils avaient la propriété. A cette époque, en effet, la puissance des justices seigneuriales, conséquence naturelle des anciennes lois germaniques, commençait à se régulariser. Le comte, chef d'un municipe, s'était entouré de fidèles ou vassaux, qui combattaient avec lui, et le suivaient dans ses expéditions. A la suite de la conquête, les chefs avaient récompensé leurs fidèles, *comites*, par des concessions de terres. Ceux qui recevaient ce bénéfice s'entouraient, à leur tour, de leudes ou vassaux, qui les aidaient à défendre leurs propriétés. Ainsi se formaient, peu à peu, de petites souverainetés. Les hommes libres, qui n'avaient aucun moyen de défense, se recommandaient à un puissant voisin, dont ils reconnaissaient la suzeraineté.

Ce fait, véritable origine de la puissance féodale, amena bientôt un changement notable. Les *boni homines* abandonnèrent le *mallum*, où, en l'absence de leur seigneur, les vassaux ne se croyaient pas certains d'obtenir une bonne justice, et soumirent directement au suzerain la décision de leurs procès. Ainsi, la juridiction du *mallum*, sans être abolie, fut peu à peu abandonnée et remplacée par les justices seigneuriales et patrimoniales. Mais les formes judiciaires ne furent pas modifiées; le seigneur remplaça le comte, mais il ne s'arrogea pas le droit de juger; il se borna à présider, et les jugements furent rendus par les hommes du fief.

Ainsi, sous la monarchie carlovingienne, comme sous la première race, nous trouvons l'existence certaine et respectée du principe que nous avons signalé comme la base de l'institution du jury, intervention des hommes libres aux jugements. La justice continua à être rendue dans les assises ou plaids tenus, sous la présidence du comte, des *missi* ou du seigneur bénéficier, par les rachimbourgs, arimans ou hommes du fief, et si nous voyons quelquefois, dans les plaids tenus par les *missi*, intervenir les *scabini*, qui semblent être des juges réguliers, ils n'y sont appelés que pour suppléer à l'absence des hommes libres, et sans que le droit de ceux-ci se trouve anéanti. De plus, le nombre de douze personnes nécessaires au jugement est conservé, tel qu'il avait été établi par les capitulaires.

Aux onzième et douzième siècles, les justices seigneuriales avaient fortifié et étendu leur puissance. Les possesseurs de

terres immenses, ruinés par les entreprises militaires, étaient obligés d'aliéner une partie de leurs domaines. Mais en cédant ces propriétés, ils se réservèrent leur droit de suzeraineté, et notamment le droit de justice. Ainsi, le seigneur justicier, héritier des chefs germains, ou bénéficiaire de vastes domaines, conserva l'autorité judiciaire sur les terres qu'il aliénait. Le censitaire resta justiciable de ses assises. De là, cette règle du droit féodal, que *fief et justice n'ont rien de commun*, et ce fait remarquable, que souvent la justice du seigneur s'étend au delà du fief, au delà de son droit de propriété.

Les seigneurs tenaient, quatre fois par année, de trois mois en trois mois, des assises pour le jugement des affaires les plus importantes ; ils tenaient aussi, à des époques plus fréquentes, des plaids pour le jugement des affaires ordinaires. Ces juridictions furent, dans l'origine, présidées par les seigneurs eux-mêmes. Plus tard, entraînés par les guerres continuelles vers d'autres occupations qu'ils préféraient, ils se firent remplacer par des lieutenants, baillis ou prévôts. Le principe d'organisation judiciaire fut maintenu. Le seigneur, ou ses lieutenants, présidaient les plaids, surveillaient les débats, décidaient même les incidents de l'audience [1], mais s'abstenaient de statuer sur le fond. Le jugement appartenait aux hommes de la seigneurie, aux pairs de l'accusé, et si, dans quelques cas, le bailli juge seul et sans assesseurs, ce n'est là qu'un fait rare et exceptionnel. Les *Établissements* de saint Louis déclarent que le juge (seigneur, bailli ou prévôt) « doit appeler des *jugeurs et gens souffisans*, et leur déférer la décision du procès [2]. » Beaumanoir nous apprend que la coutume de Beauvoisis est telle « que les seigneurs ne jugent pas en leurs cours, mais que ce sont les hommes qui jugent [3]. » Bouteiller enseigne également que « il convient que les seigneurs fassent juger par d'autres que par eux, c'est à savoir par leurs hommes féodaux, à leur semonce et conjure. »

Les mêmes principes sont inscrits dans la plupart des coutumes. Celle de Ponthieu s'exprime ainsi : « Les hommes liges sont contraints, à leurs périls et fortunes, et à leurs dépens, de

[1] Beaumanoir, cap. LXI, 47.
[2] *Établissements*, liv. I, art. 105.
[3] Beaumanoir, Coutume de Beauvoisis, t. II, p. 456.

consulter les procès soit criminels ou civils, et bailler au bailly la sentence ou dictum, lequel bailly doit prononcer la sentence ou dictum au jugement d'iceux hommes liges [1]. » La coutume de Senlis porte : « Les hommes du fief de ladite châtellenie sont assistants et jugeants, pour le baillif, à leurs périls [2]. » Ainsi se perpétue cette règle, que le seigneur ne peut juger par lui-même. Il se borne, suivant l'expression de Beaumanoir, *à tenir la cour ;* il préside l'audience, mais sans assister aux délibérations des hommes jugeurs, à moins que ceux-ci ne l'y appellent. Sa mission se borne à diriger la marche des débats, et à prononcer la sentence des juges [3].

Ce principe était si généralement admis, que, lorsque les communes se formèrent au douzième siècle, les juges des bourgeois durent être les bourgeois eux-mêmes, habitants de la commune. Dans la plupart des chartes de cette époque, on trouve cette juridiction sanctionnée au profit de la commune affranchie. Nous lisons dans la charte de Laon, en 1128 : *Quod si aliquis quoquo modo alicui clerico, militi, mercatori, indigenæ vel extraneo aliquam injuriam fecerit, si de ipsa civitate sit is qui injuriam fecerit, ante* majorem et juratos *ad justiciam veniat, et se, vel de objecta culpa purget, vel sicut ei judicatum fuerit, emendet.* La charte de la coutume de Noyon, de 1181, dit aussi : *Si quis vulneraverit vel occiderit quemquam intra communionem*, jurati *facient vindictam.* En 1216, le duc de Bourgogne accorda aux habitants du domaine de Talant, les mêmes priviléges qu'avait obtenus la commune de Dijon. Il s'exprime ainsi : *In primis ut eligant homines qui jurent fidelitatem castri et habitancium in eo, et talem habeant potestatem* et jurisdictionem *in castro et appendiciis suis qualem apud Divionem*, major et jurati communiæ Divioni, *salva tamen castri libertate.* L'ancienne coutume de Bourges porte, art. 24 : « Li jugement en la terre li roi se font à Bourges par les bourgeois, tant en cas civil comme en cas criminel. » Et la coutume de Saint-Sever : « Es jugements des affaires criminelles, lesdits prevots, bayle et jurés, sont tenus y appeler des bourgeois des plus experts, idoines et

[1] Coutume de Ponthieu, tit. XII, art. 184.
[2] Coutume de Senlis, tit. I, art. 88.
[3] Beaumanoir, cap. I, 32.

suffisans, en tel nombre que bon leur semblera, et fait le rapport du procès devant eux, sont tenus opiner sur le serment qu'ils ont en ladite ville, de bien opiner selon Dieu et leur conscience. » Ainsi nous voyons se constituer, pour rendre la justice, de véritables assises de bourgeois ou jurés, où les hommes de la commune venaient siéger sous la présidence du maire ou major.

Cette juridiction, née du principe du jugement par les pairs, et de la nécessité de l'intervention des hommes libres au jugement, avait été accordée le plus souvent aux communes comme une garantie contre le despotisme des seigneurs. Aussi, des luttes fréquentes s'élevèrent à ce sujet, entre les seigneurs ou évêques qui avaient un droit de suzeraineté sur ces communes, et les bourgeois qui voulaient défendre leurs franchises [1]. Mais le principe dominait ; pour lui donner plus de garantie et assurer l'indépendance des hommes jugeurs, la jurisprudence féodale avait admis, au profit de l'accusé, le droit de récusation avant le jugement. On lit dans Beaumanoir : « Qui veut débattre jugeurs, il les doit débattre avant qu'ils facent jugement ; car s'il atent qu'ils aient fet jugement, il ne pot dire en contre eux, fors que en appeler de faus jugement [2]. » Quel était, à cette époque, le nombre de jurés appelés et nécessaires au jugement? Les textes laissent à cet égard une grande incertitude. Les *Assises de Jérusalem* semblent exiger le nombre de douze jurés pour les cours des bourgeois ; divers passages de Pierre de Fontaines et de Beaumanoir tendent à établir que le nombre de trois ou quatre pouvait être suffisant. Le nombre de douze paraît cependant plus constant pour les assises des communes [3].

Si la plupart des coutumes consacrent la nécessité de l'intervention des hommes jugeurs ou bourgeois au jugement, il n'en est aucune qui présente des vestiges aussi complets de l'institution du jury que la coutume d'Albi. A la suite de longues luttes entre les comtes de Toulouse et les évêques, terminées, au douzième siècle, par un partage du pouvoir temporel, l'exercice de la haute justice dans l'Albigeois, avait été accordé à l'évêque. Voyons, d'après les documents recueillis et récemment publiés [4],

[1] Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, t. V, p. 348 et suiv.

[2] Beaumanoir, chap. LXVII, 16.

[3] Faustin Hélie, *Just. crim.*, t. I, p. 310.

[4] Voir mémoire de M. Carol sur le jury et la procédure criminelle, sui-

comment la justice y était rendue. Il existait, en premier lieu, une procédure d'information préalable, empruntée au droit canonique, comme conséquence, sans doute, des droits de justice reconnus à l'évêque. « Pour les crimes qui emportent la peine du sang, il sera fait une enquête ; qu'elle soit faite par le bayle de l'évêque. Il sera tenu d'appeler deux ou trois personnes de la cité, ou même un plus grand nombre, et elle aura lieu en leur présence; ils jureront de ne point révéler les faits qu'ils auront appris dans l'enquête, jusqu'au moment où il devra être procédé au jugement [1]. » C'est le seul monument que nous connaissions dans les coutumes du droit français, portant la trace d'une instruction préalable avec intervention des bourgeois. Ces *prohomes de la ciutat*, comme les appelle l'acte de 1268, avaient-ils le pouvoir de prononcer comme jurés d'accusation? M. Laferrière n'hésite pas à le croire, bien que les textes ne s'expliquent pas à cet égard.

Pour le jugement, les *prohomes de la ciutat*, les conseilleurs, hommes de la cité, étaient appelés par le baile de l'évêque, au nombre de vingt au moins, et il semble résulter du texte de l'acte de 1268. qu'un choix spécial avait lieu pour chaque affaire. Il est recommandé au baile de n'appeler ni amis, ni ennemis, ni parents de l'accusé. « Lo baile apelar dels prohomes almainhs « XX o mai, losquals creira non esser ami o cosis, o enemis del « mal fachor jutgador [2]. » Si quelques-unes des personnes ainsi appelées ne pouvaient se présenter, ou étaient excusées, on en désignait d'autres pour les remplacer et compléter le nombre de vingt, nécessaire au jugement. Ils prêtaient serment de décider suivant leur conscience, *secundum suam bonam conscientiam ;*

vant la coutume d'Albi. *Revue de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VII, p. 416; Compayre, *Etudes historiques sur l'Albigeois*; Giraud, *Histoire du droit français au moyen âge*, t. I, pièces justif., 1re partie p. 84.

[1] « Sobre crims que pena porto de sanc, enquesta sera fasedoira ; que « sia facha per lo baile vel avesque ; mar sera tengutz apelar II o tres, « o mai dels prohomes de la ciutat, losquals presens sia facha ; liqual ju- « raran que non revelaran aicelas causas que auran ausidas en la enquesta « entro que sio de mantenent lo judgamen fasedor. » Ch. de 1268. Giraud, *loc. cit.*, p. 93.

[2] Giraud, *loc. cit.*, p. 93.

leur déclaration était rendue à la majorité. « Aquela causa en « laqual la maior partida dels cossentira, sera tengutz jutgar [1]. »

Ainsi, dans cette coutume, le jugement par jurés était établi d'une manière régulière. Seulement, par un souvenir peut-être des lois romaines qui ont laissé de si puissants vestiges dans les pays du Midi, les jurés arbitraient la peine qui devait être prononcée contre l'accusé. « La loi pénale était trop imparfaite au moyen âge, dit à cet égard M. Laferrière, pour qu'il y eût une peine stipulée d'avance pour chaque nature de délit. Le Code pénal était dans la conscience du jury. La justice selon la conscience individuelle suppléait alors à l'absence de la justice légale [2]. » N'est-il pas curieux de trouver dans une coutume du treizième siècle des règles que l'on croirait calquées sur celles du jury moderne?

L'examen rapide que nous venons de faire montre le maintien et le développement, aux douzième et treizième siècles, du principe de l'intervention des hommes libres, bourgeois, ou pairs de l'accusé dans toutes les juridictions, sauf peut-être dans les justices ecclésiastiques. Ce principe forme en quelque sorte la base de la procédure criminelle au moyen âge. Comment a-t-il disparu de notre législation, vers le quinzième siècle, pour faire place aux juges permanents, alors que vers la même époque il se dégageait en Angleterre des circonstances qui l'affaiblissaient, et s'affermissait par l'organisation régulière de l'institution du jury? Des différences historiques expliqueront ce fait; bornons-nous, quant à présent, à rechercher les causes qui amenèrent en France l'abandon des plaids et assises.

Si nous nous plaçons au point de vue le plus général, l'établissement des juges permanents, modification si importante de notre organisation judiciaire, a surgi en premier lieu du désordre des justices seigneuriales. Nous avons déjà indiqué les difficultés qu'entraînait la réunion des hommes du fief, habitués au maniement des armes, souvent dispersés par des guerres lointaines, et qui ne venaient qu'avec répugnance et ennui siéger dans les plaids de la justice féodale. Cet état de choses avait permis, dès le douzième siècle, à quelques baillis

[1] Giraud, *loc. cit.*

[2] Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 352.

de s'emparer de l'administration de la justice, et de procéder aux jugements, sans appeler les hommes jugeurs. Mais ce n'était là qu'un fait exceptionnel qu'on ne peut signaler que dans les tribunaux des seigneurs. Dans les justices royales s'étaient perpétuées les assises régulières, sous la présidence du bailli. Les communes affranchies, où se rencontraient, dans les cours des bourgeois, les conditions de voisinage, d'intérêts communs, de relations faciles, véritables éléments des jugements par jurés, maintenaient également les prérogatives qui leur avaient été concédées ; mais ce n'était qu'au moyen de luttes fréquentes avec les seigneurs, et bientôt les garanties que semblait présenter cette organisation judiciaire, devaient s'affaiblir et succomber sous l'influence progressive du principe monarchique.

La source la plus sérieuse des modifications judiciaires, d'où devait résulter l'établissement régulier de tribunaux permanents, fut l'extension du pouvoir accordé aux Parlements. Sous les premiers rois de la troisième race, s'était développé le principe de l'établissement de la Cour du roi, dont l'origine paraît remonter au *placitum palatii* des premiers temps de la monarchie française. Sous Louis le Gros et Philippe-Auguste, la Cour du roi se composait d'une assemblée de barons et d'évêques, chargés de délibérer sur les affaires de l'Etat et de statuer sur les affaires judiciaires les plus importantes. Au douzième siècle, cette cour prit le caractère d'une juridiction suprême, dernier recours dans les querelles des seigneurs. L'ordonnance de Philippe-Auguste, de 1190, ordonna la tenue régulière, tous les quatre mois, d'un jour de justice à Paris pour y entendre les plaintes des hommes du royaume et les juger. Le recueil des *Olim* montre la Cour du roi fonctionnant régulièrement sous Louis IX et rendant des arrêts en matière criminelle [1]. Sous Philippe III, cette cour était composée de chevaliers et de clercs, et recevait, sous le nom de *Cour du roi en Parlement*, les appels des affaires judiciaires. Philippe le Bel acheva l'organisation du Parlement. Etabli à Paris d'une manière permanente, il fut uniquement chargé de l'administration de la justice. L'ordonnance de 1302 prescrivit la tenue de différentes sessions en Normandie et à Troyes ; quelques-uns des membres du Parlement étaient délégués à cet effet pour juger

[1] Faustin Hélie, *Inst. crim.*, t. I, p. 448 et suiv.

en appel les causes des bailliages et sénéchaussées. Au quinzième siècle, une Chambre spéciale, connue sous le nom de *Tournelle*, fut chargée de l'expédition des causes criminelles. Le Parlement de Paris devenait insuffisant pour l'expédition des affaires du royaume. Différentes ordonnances de 1430, 1453, 1462 et 1466 instituèrent des Parlements à Toulouse, à Grenoble, à Bordeaux, à Dijon, etc.

Nous avons dû résumer en quelques lignes l'histoire de l'origine des Parlements en France pour rechercher quelle fut l'influence de cette institution sur la suppression des anciens plaids et assises, et l'établissement des tribunaux permanents. Il est facile de comprendre combien la formation d'une cour supérieure, composée d'hommes spéciaux et appelée à réformer les sentences ou jugements rendus sous la présidence des baillis, portait atteinte à l'ancien principe de l'intervention des hommes libres aux jugements. D'autres causes plus directes, et nées des vices mêmes de l'ancienne organisation judiciaire et du peu de garanties qu'elle assurait aux plaideurs, devaient amener l'abandon complet des anciennes institutions.

Nous avons dit que, dans l'origine, toutes les attributions judiciaires des justices seigneuriales, étaient confiées aux baillis et prévôts, lieutenants du seigneur. Dans les justices royales, les officiers du roi n'avaient pas une compétence plus étendue que ceux des seigneurs. Ils n'exerçaient leurs juridictions que dans les domaines et provinces appartenant au roi. Mais au douzième siècle, une lutte perpétuelle s'éleva entre les baillis et prévôts institués par le roi et ceux des seigneurs. Les baillis royaux s'attribuaient une juridiction supérieure aux justices ordinaires. Certains crimes ou délits durent être réservés à la connaissance des officiers du roi, sous le prétexte qu'ils supposaient une atteinte à l'autorité du prince. De là l'origine des cas royaux, qui ne furent introduits que par l'empiétement des baillis royaux sur les juridictions locales. Au quatorzième siècle, cette jurisprudence s'affermit, et des ordonnances royales, en défendant aux baillis d'entraver la justice des seigneurs, réservèrent certains crimes et délits, qui durent être soumis à la justice du roi, *nisi delicto talia sint quorum cognitio et punitio ad nos, ratione superioritatis nostræ spectet*[1].

[1] Ordonnance de juillet 1319.

A la fin du quatorzième siècle, les cas de souveraineté se précisent. Tous les faits qui semblent *toucher le droit royal* sont revendiqués par les baillis du roi, comme appartenant aux juges royaux. L'incertitude des termes des ordonnances, permettait d'en faire l'application la plus arbitraire. En vain, les seigneurs et barons luttaient contre ces envahissements du pouvoir royal. Il faut bien le reconnaître, l'usurpation des officiers du roi était soutenue par l'opinion générale. La justice féodale n'admettait pas le droit d'appel. On sentait cependant que, dans le cas de déni de justice, il fallait que le réclamant pût s'adresser à une juridiction supérieure, celle du seigneur suzerain. La hiérarchie féodale favorisait cette disposition. Les vassaux, qui ne trouvaient pas dans les juridictions seigneuriales, la justice qui leur était due, cherchaient un appui dans l'autorité du souverain. Les tribunaux ecclésiastiques avaient donné l'exemple de ces divers degrés de juridiction. Les jugements de l'official pouvaient être déférés à l'archevêque, et, dans certains cas, au pape lui-même. Cet exemple de tribunaux supérieurs exerça une immense influence sur les justices laïques. Les juges royaux, représentant le souverain, furent regardés comme investis d'une certaine suprématie sur les justices seigneuriales de leur circonscription. Dès le treizième siècle, une ordonnance de Louis IX, de 1260, avait proclamé le droit de recours à la Cour du roi. Les *Etablissements* de saint Louis, proclament le droit d'amendement de jugement de toutes les justices seigneuriales par la Cour du roi. Beaumanoir constate, à la même époque, l'appel au roi de toutes les juridictions du royaume : « Toute laïc juridiction du roiaume est tenue du roy en fief ou arrière-fief [1]. » Plus tard, ces appels furent déférés aux Parlements. Les recours se multiplièrent d'une manière extraordinaire. Les accusés appelaient de tous les jugements et incidents de procédure. Les juges royaux favorisaient cette tendance pour s'emparer des causes. Cet état de choses, joint à l'extension des cas royaux, porta une fatale atteinte aux justices seigneuriales.

C'est de la réunion de ces différents faits que devait surgir, dans les institutions judiciaires de la France, une révolution qui devint complète au quinzième siècle. La justice, qui appartenait

[1] Coutume de Beauvoisis, XI, 12.

tout entière, au commencement du treizième siècle, aux tribunaux des seigneurs ou des communes, est envahie peu à peu par les Cours du Parlement et par les juges royaux. Cette révolution devait complétement modifier l'organisation des juridictions. Les assises des seigneurs et des communes, où siégeaient les hommes de fief et bourgeois, furent abandonnées. Les compositions des Parlements habituaient les justiciables à soumettre leurs différends à des hommes spéciaux, à des juges permanents qui avaient une parfaite connaissance des lois. Les officiers royaux, profitant de cette tendance, s'attribuaient de plus en plus le droit de juger seuls, sans appeler les hommes jugeurs. L'ennui et la répugnance qu'éprouvaient les vassaux à se réunir pour les plaids et assises, favorisèrent ces usurpations, et peu à peu nous voyons s'affaiblir, puis disparaître complétement au quinzième siècle, sans aucune abrogation légale, le principe du jugement par hommes libres, pour faire place à l'établissement des tribunaux permanents.

Si nous jetons un coup d'œil rétrospectif sur les époques que nous venons de parcourir, nous pouvons signaler ces faits incontestables. Le principe des juridictions en France, depuis l'invasion des Germains, est le jugement par les pairs, par les hommes libres ; il est admis et consacré dans tous les tribunaux, et devant toutes les justices. Les *boni homines*, hommes de fief, bourgeois, sont appelés à rendre les jugements. Si au quinzième siècle ce principe disparaît de notre organisation judiciaire, ce fait n'est dû qu'à des causes étrangères à l'institution elle-même ; à l'envahissement du pouvoir royal, qui cherchait à écraser la puissance féodale, à l'indifférence des hommes de fief, aux défiances qu'inspiraient les justices placées sous l'influence directe des seigneurs, aux luttes incessantes des seigneurs eux-mêmes contre les franchises des communes. C'est ainsi que ces juridictions diverses se détruisirent elles-mêmes et se laissèrent absorber par les Parlements, devant lesquels étaient portés leurs conflits journaliers.

Telles furent les véritables causes de l'abandon, dans notre pays, du principe de la nécessité de l'intervention des hommes libres pour l'administration de la justice. A partir du quinzième siècle, on n'en trouve plus aucune trace dans notre organisation judiciaire. Il nous reste à en rechercher l'existence et l'influence

chez un peuple voisin. Nous le verrons en Angleterre suivre, dans l'origine, la même marche, recevoir les mêmes développements que dans notre pays ; puis, au moment où il était absorbé en France par l'autorité souveraine, se soutenir et s'affermir chez nos voisins, comme appui de la royauté contre la puissance féodale.

CHAPITRE III.

ORIGINE DU JURY EN ANGLETERRE.

Les publicistes anglais cherchent, en général, à faire remonter l'institution du jury en Angleterre aux origines mêmes de la nation. Si nous en croyons Blackstone, le jury était usité parmi les colonies saxonnes les plus anciennes[1]. L'évêque Nicholson (*De jure Saxonum*) en attribue l'institution à Woden, leur grand législateur. D'autres écrivains veulent en trouver l'origine dans la coutume des anciens Bretons, et cherchent à établir l'existence du jugement par douze jurés à une époque antérieure au règne d'Alfred le Grand[2]. Ce prince, en divisant le royaume en *shires* et *hundred*, aurait régularisé la convocation des jurés pour l'administration de la justice. D'autres, enfin, affirment que le jury était connu des Danois, et qu'Ethelred fut obligé de le conserver après l'invasion de ces peuples en Angleterre[3]. Le texte d'un décret d'Ethelred sur la réformation de la paix semble en effet indiquer dès cette époque l'existence d'une institution qui a quelque similitude avec celle du jury. Voici la traduction de ce texte : « Qu'il soit tenu des plaids dans chaque *wapentach* (centenie), et que pour cela sortent de l'assemblée douze thanes, les plus âgés, et le géréfa avec eux, et qu'ils jurent sur les choses saintes, sur lesquelles ils étendront les mains, qu'ils n'accuseront aucun innocent, et ne passeront sous silence aucun coupable[4]. » D'autres textes de lois et coutumes de la même époque semblent

[1] Blackstone, t. V, liv. III, ch. XXIII.

[2] Richard Philipps, *Droit et devoir des jurés*, trad. de M. Comte.

[3] Stiernook, *De jure Sueonum*, attribue l'invention du jury, appelé *nembda* en langue teutonique, à Regner, roi de Suède et de Danemark, contemporain du roi Egbert. Cette assertion est vivement contestée par Blackstone, t. V, p. 2.

[4] Canciani, *Leg. barbar.*, t. IV, p. 295.

ainsi constater l'existence de jugements rendus par un jury de douze thanes : « Si quelqu'un est accusé d'avoir reçu un homme qui a rompu le *gridh* de notre *hlaford* (la paix de notre seigneur), il se disculpera avec trois fois douze, et le géréfa nommera la *lad*[1]. Et si quelqu'un veut se mesurer avec lui en justice, l'un et l'autre auront le droit de la réclamer, et le jugement sera valable si tous les thanes sont unanimes ; et si les voix sont partagées, ce que huit d'entre eux diront sera valable[2]. »

Les auteurs allemands cherchent à établir que la véritable origine du jury se trouve chez les barbares de la Scandinavie. Dans leur opinion, cette institution aurait été importée en Angleterre par les Normands, originaires des peuplades du Nord. Suivant Dalhmann[3], les tribunaux ordinaires de ces pays étaient composés de douze juges, choisis moitié par chacune des parties, et qui devaient statuer à l'unanimité.

Nous n'avons point la prétention de décider entre ces diverses autorités. Mais, à notre avis, le jury n'existait pas plus en Angleterre, à ces époques éloignées, que dans les autres contrées de l'Europe, et les traces que l'on trouve de cette institution dans d'anciens textes obscurs ne sont que des vestiges semblables à ceux que nous avons signalés dans les coutumes de la Germanie. Le seul point hors de discussion, c'est que chez les Anglo-Saxons, comme dans les tribus germaines, l'accusé ne pouvait être condamné que par ses pairs et par le jugement des hommes libres. Il serait difficile de suivre le développement de ce principe en Angleterre avec le même soin et la même certitude que nous l'avons fait dans les premiers temps de la monarchie française. Ce n'est qu'au onzième siècle, après l'invasion des Normands, que nous pourrons étudier à ce point de vue l'organisation judiciaire de ce pays. La confusion jetée dans les lois anglaises par les diverses invasions qui se sont succédé, empêche en effet de fixer avec certitude la marche de la justice avant cette époque[4]. Des hordes de Pictes, de Saxons, de Danois, venant

[1] Réunion d'hommes par lesquels la purgation d'un crime devait être faite.

[2] Canciani, p. 296. Ces textes sont reproduits et traduits par M. Duboys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, t. III, p. 148 et suiv.

[3] *Revue du droit allemand*, t. X, p. 185.

[4] Blackstone lui-même constate la confusion qui existe dans les coutumes antérieures a l'invasion des Normands, t. VI, p. 355 et suiv.

s'établir tour à tour sur les possessions de l'ancienne Bretagne, y apportaient leurs mœurs et leurs coutumes distinctes. Ces coutumes se mêlèrent peu à peu pour former ce qu'on a appelé la loi commune, sans qu'il soit possible, dans la plupart des cas, de savoir quelle en fut l'origine. Après l'affermissement des Saxons, la subdivision du pays en sept royaumes indépendants, formant ce que l'on a appelé l'*heptarchie*, amena une variété infinie dans les lois et usages, et lorsque le roi Alfred, réunissant ces sept royaumes en une seule monarchie, établit la division par *shires* et *hundred*, et réduisit les diverses coutumes à un système uniforme par la publication du *Dom-bec* (*liber judicialis*), il ne fit qu'assimiler les usages puisés à différentes sources.

Cherchons cependant, au milieu de cette obscurité, à établir comment se rendait la justice chez les différents peuples des îles Britanniques. Chez les Anglo-Saxons, le droit de justice appartenait au chef ou seigneur. L'accusation d'un fait ayant troublé la paix du seigneur devait être prouvée au moyen de douze hommes libres appelés par le géréfa (shériff), qui venaient affirmer la vérité ou la fausseté du fait incriminé. Ces témoins ou partisans, nommés *compurgatores*, n'avaient aucunement le caractère de juges; ils paraissent avoir plus de rapports avec les *conjuratores* dont parle la loi salique, qui, sans avoir été témoins du fait, affirmaient en faveur de l'une ou l'autre partie la vérité ou la fausseté de l'accusation. Ces hommes, pris dans la même classe que l'accusé, étaient seulement appelés à éclairer la religion du géréfa, qui seul prononçait la sentence. C'est à la nécessité de l'audition de ces *compurgatores* que paraissent s'appliquer les textes que nous avons rapportés, et qui prescrivaient d'entendre douze thanes avant de rendre le jugement. En matière civile, des témoins nommés *suitores*, venaient aussi dans le *folkmoot*, ou tribunal du comté, affirmer l'authenticité des chartes, d'où résultaient la propriété du terrain en litige au profit de la centenie à laquelle ils appartenaient. Ces *suitores* étaient désignés soit par le géréfa, soit par la centenie elle-même.

L'usage d'entendre des *compurgatores* existait avant l'invasion des Normands; mais on retrouve également en Normandie, au dixième siècle, des traces de cette procédure, empruntée sans doute aux barbares du Nord. Aussi l'on voit se maintenir après

la conquête, comme fondement de l'organisation judiciaire en Angleterre, ce mode d'instruire et de décider les procès au moyen de témoins jurés auxquels les parties convenaient de s'en rapporter, et qui prêtaient le serment de dire tout ce qu'ils savaient relativement à l'affaire. M. Duboys rapporte plusieurs faits recueillis dans Pelgrave, constatant l'appel par le haut justicier de douze témoins jurés avant de rendre le jugement [1]; et c'est de cette procédure que paraît émaner ce principe, recueilli par les publicistes anglais, que « le roi ne pouvait être informé de ses droits que par le moyen du peuple, » *the king never could be informed of his rights but through medium the people* [2].

Cet usage devait se fortifier par un autre fait, qui entraînait la nécessité de recourir au témoignage des hommes du pays dans les affaires criminelles. Longtemps avant la conquête des Normands, existait dans les îles Britanniques le principe de la garantie collective de la centenie pour les crimes commis par l'un de ses membres. L'origine de cette garantie paraît remonter à l'invasion des Danois. Le roi Knut, chef de la conquête, pour assurer la tranquillité de ses compatriotes, décréta que, lorsqu'un Anglo-Saxon tuerait un Danois, on ferait justice de lui, et s'il s'enfuyait, il serait payé 46 marcs, qui seraient pris sur la centenie. Les coutumes d'Edouard le Confesseur maintinrent cette responsabilité, en accordant seulement aux thanes ou constables, le délai d'un mois et un jour pour la recherche des coupables. L'amende dut même être restituée à la centenie, si celui-ci était arrêté dans l'année [3].

Guillaume le Conquérant se garda bien d'abolir cette loi, qui était une sûreté pour les Normands nouvellement établis dans le pays. Il l'étendit, au contraire, et déclara qu'au cas de meurtre, la centenie en devrait le prix au roi, à moins qu'il ne fût fait démonstration d'*anglescherie*. La centenie, pour s'exonérer de l'amende, devait prouver que la victime du meurtre était un Anglais. Cette démonstration fut régularisée par une loi de Henri Ier dans les termes suivants : « Que si l'hundred veut prouver que la victime du meurtre n'est pas un Français, que

[1] Duboys, t. III, p. 157.

[2] Pelgrave, *Rise and progress of the english common-wealth*, p. 271.

[3] L. Edw Confess., tit. XVI. *De invent. murdri* : Canciani, p. 336.

ses douze meilleurs hommes viennent le jurer en justice, et il sera cru à leur témoignage [1]. » Lorsque la fusion des deux nations fut plus complète, la recherche d'anglescherie perdit son importance; néanmoins, le principe de la responsabilité du hundred continua de subsister.

Il y a certainement une grande différence entre l'intervention des *compurgatores*, sorte de témoins appelés dans les procédures criminelles, ou celle des meilleurs hommes de la centenie venant jurer en justice pour exonérer le hundred, et le fonctionnement du jury. Cependant, il faut le reconnaître, ce fut le développement de ces faits qui amena en Angleterre l'organisation de cette institution. Avant d'indiquer comment s'opéra ce changement, il importe de signaler d'autres faits qui eurent, au point de vue politique, une influence sérieuse sur l'établissement du jury.

Les premiers rois normands cherchèrent à s'emparer complétement du droit de justice. Avant la conquête, il existait quatre sortes de tribunaux anglo-saxons : la Cour du roi, *aula regis;* les Cours de comté, *shire-motes*; les Cours des centenies, *hundred-motes;* et les justices du seigneur, *hall-motes*. Guillaume le Conquérant, tout en annonçant le maintien de ces juridictions, voulut diminuer le pouvoir féodal des barons et seigneurs en leur enlevant une partie de leurs attributions, qu'il transféra à la Cour du roi. Il plaça à la tête des manoirs nombreux qui faisaient partie du domaine royal, des baillis chargés de le représenter. Les Cours du comté furent présidées par le shériff, et perdirent ainsi leur prestige aristocratique. Les défendeurs en matière civile eurent, dans un grand nombre de cas, le droit de demander le renvoi de l'affaire devant la grande assise du roi, et la plupart des causes criminelles, regardées comme portant atteinte à la paix du roi, furent enlevées aux juridictions des barons et portées à la *curia regis*. Guillaume avait proclamé que tous les hommes qui étaient venus avec lui étaient *sous sa paix* dans tout le royaume : *Volumus ut omnes qui nobiscum venerunt aut post nos venerunt, sint in pace nostra per universum regnum*. Dès lors, tous les crimes et délits commis contre les Normands étaient considérés comme attentatoires à la paix

[1] Canciani, L. Henri Ier, p. 512.

royale et soumis à la juridiction du roi. A mesure que les peuples se fusionnèrent, ce principe fut étendu à tous les hommes libres.

Mais, pour soutenir la lutte contre les barons, le pouvoir monarchique avait besoin de l'appui de la nation. Aussi, les rois conquérants se gardèrent bien de supprimer l'intervention des hommes du comté aux jugements, et en donnant à leurs officiers judiciaires les attributions les plus étendues, ils conservèrent les anciennes formes de la justice. Guillaume avait institué des *justiciarii itinerantes* qui parcouraient le pays pour rendre la justice, de manière à annihiler les Cours des seigneurs et barons. Dans les procédures suivies devant cette nouvelle juridiction, on maintint l'intervention des douze témoins, *compurgatores*, reconnue comme nécessaire par les lois anglo-saxonnes. Le justicier itinérant, avant la session, sommait quatre chevaliers du comté d'en choisir douze autres; et tous prêtaient devant lui le serment de dire toute la vérité, sur ce qui leur serait demandé de la part du roi et de faire fidèlement ce qui leur serait ordonné en son nom. Ces chevaliers prenaient le nom de *juratores in assisa*. Ils devaient dénoncer toute personne du voisinage soupçonnée de meurtre, incendie, ou autre crime ou félonie contre la paix du roi. C'était une sorte de jury d'accusation. Mais le jugement était réservé au justicier seul. Le coupable ainsi dénoncé était amené devant lui ; s'il avouait son crime, il était condamné; s'il protestait de son innocence, il était soumis aux épreuves de l'eau et du feu, et devait être condamné si ces épreuves étaient défavorables. Mais il pouvait se sauver au moyen de la justification par les *compurgatores*, qui paraît s'être maintenue jusqu'au règne de Henri II dans quelques bourgs et comtés.

Malgré le soin que l'on avait mis à conserver les anciennes formes judiciaires, les *justiciarii itinerantes* eurent bientôt un mauvais renom dans le pays. Ils étaient chargés de percevoir les droits de justice et de régler les contestations relatives à l'impôt, qui soulevait fréquemment les populations. Henri II, en 1176, essaya de réformer cette institution, dans une grande assemblée des prélats, comtes et barons du royaume. Il divisa l'Angleterre en six circuits ou districts, et ordonna que trois juges versés dans la science des lois tiendraient des assises périodiques dans chaque circuit, à des époques déterminées. Ces modifications ne raffermirent point les juridictions. Les *justiciarii* conti-

nuèrent à administrer la justice avec le plus grand arbitraire ; ils se livraient à des actes de vénalité déplorables. « Il fallait payer, dit Madox, pour intenter une action contre telle personne, pour former sa demande devant telle Cour plutôt que devant telle autre, et pour se faire mettre en possession du bien que la justice vous avait adjugé [1]. »

L'excès de l'arbitraire devait amener une prompte réaction. Les barons n'avaient cessé de lutter contre les empiétements des prérogatives royales. Ils profitèrent d'une discussion religieuse qui avait mécontenté le peuple, pour faire signer au roi Jean la grande charte, *magna carta*, qui est encore regardée comme le fondement des principales institutions de l'Angleterre [2]. Cette charte, dont l'esprit général paraît avoir été de substituer à l'action directe de la royauté, l'intervention de la nation elle-même dans ses propres affaires, ne s'occupa de l'organisation judiciaire que pour en réformer les abus. Quelques passages en ont été cependant signalés comme se rapportant à l'institution du jury ; mais ils nous paraissent sanctionner seulement les faits existants, en imposant quelque garantie contre l'arbitraire des *justiciarii*. C'est en ce sens qu'il faut, à notre avis, comprendre l'article qui porte qu'à l'avenir « aucun homme libre ne sera arrêté, emprisonné, privé de ses biens, ou mis hors la loi, *nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre* [3], » et cet autre : « Que l'on ne fasse pas d'enquête en matière de *mort d'ancester* et de *novel desseisin* autrement que sur les lieux et dans la forme suivante; que nous, le roi, et si nous sommes hors du royaume, que notre chef justicier envoie deux de nos justiciers, au moins une fois par an dans chaque comté, afin qu'il tienne les assises avec les chevaliers du comté... de manière à tout finir sur les lieux dans le cours de la tournée [4]. »

Ces textes veulent, il est vrai, que l'on appelle pour les ju-

[1] Madox, *Hist. of the Exchequer* ; Duboys, t. III, p. 91.

[2] La grande charte fut promulguée le 12 juin 1215.

[3] Canciani, t. IV, p. 420. M. Duboys pense que cette disposition, en parlant des pairs de l'accusé, ne s'appliquait qu'aux jugements de la Cour du roi et des Cours féodales, t. III, p. 163.

[4] Ceci a trait uniquement au jugement des affaires civiles. L'enquête de *mort d'ancester* avait pour but de s'assurer si le dernier possesseur détenait des terres comme franc-tenancier, celle de *novel desseisin*, de rechercher si le réclamant avait été injustement dépossédé de son fief.

gements les pairs de l'accusé ou les chevaliers du comté; mais ils ne disent point en quelle qualité, et ne déterminent point leurs attributions. De plus, aucun article de la grande charte ne modifiait les procédures suivies à cette époque. Ainsi, les tribunaux des *justiciarii*, officiers royaux, continuèrent à rendre la justice, en appelant, il est vrai, les chevaliers et meilleurs hommes du comté, mais seulement pour témoigner des faits, et éclairer la religion du justicier. Il est même curieux, comme le remarque M. Duboys [1], de constater que l'on attachait à cette époque si peu d'importance à la procédure par assise, que l'on ne trouve dans la grande charte aucune garantie pour son maintien et son développement.

Nous touchons cependant à l'époque d'un événement fortuit et accidentel qui modifia complétement les procédures en Angleterre, et que nous regardons comme la véritable origine de l'institution du jury en matière criminelle dans ce pays.

Nous avons dit qu'après l'audition de douze chevaliers du comté, appelés pour indiquer les coupables, et qui remplissaient en quelque sorte le rôle du jury d'accusation, le justicier, statuant seul, soumettait l'accusé qui protestait de son innocence aux épreuves de l'eau et du feu. L'année même où la grande charte fut promulguée, en 1215, le quatrième concile de Latran, voulant porter le dernier coup aux superstitions germaniques, formulait avec netteté les principes des juridictions criminelles et supprimait le *jugement de Dieu*. Peu de temps après, et comme conséquence de la décision du concile, le saint-siége apostolique, demandait au gouvernement anglais l'abolition absolue des épreuves judiciaires. L'Angleterre, alors profondément religieuse, était disposée à obtempérer aux désirs de la cour de Rome. Le pouvoir royal pouvait d'ailleurs trouver, dans une réforme de la procédure criminelle, une occasion favorable d'assurer la ruine des justices féodales, et d'étendre la juridiction des *justiciarii*. Mais le roi Jean venait de mourir. Henri III, qui lui avait succédé, était mineur, et l'autorité se trouvait partagée entre le haut justicier Hubert de Burgh et l'évêque de Winchester, Pierre Desroches. Entre ces ministres rivaux, la direction du pouvoir manquait d'unité. Embarrassés pour régulariser

[1] Duboys, t. III, p. 163.

une réforme judiciaire, les ministres du roi se bornèrent à supprimer les épreuves, et laissèrent aux *justiciarii* le soin de prononcer les jugements et de condamner les coupables, sans régler la forme de la procédure nouvelle. Les justiciers, effrayés de la responsabilité qui incombait sur eux, voulurent la faire partager aux hommes de la centenie. Les chevaliers du comté avaient été jusqu'alors appelés à désigner les individus qui devaient être mis en jugement; les hommes de la centenie, *compurgatores*, devaient purger l'accusation dirigée contre ceux qui ne voulaient pas se soumettre aux épreuves. Il parut naturel, puisque ces épreuves étaient supprimées, d'appeler dans tous les cas, avant de rendre un jugement, les hommes du comté, les voisins du lieu où le crime avait été commis, à examiner les charges et à statuer sur la culpabilité. Ainsi naquit le jury de jugement en Angleterre; il commença à fonctionner, sur le simple appel des justiciers, sans être régularisé par aucune loi. Ce ne fut que plus tard que les ordonnances d'Édouard Ier en réglementèrent l'organisation, en constatant son existence antérieure [1].

Ainsi, c'est au treizième siècle que l'on peut fixer la date de l'origine du jury en Angleterre, et il est curieux de remarquer que cette institution libérale, a pris naissance au milieu des luttes du pouvoir royal contre les barons, lutte qui, peu de temps après, devait amener en France sa complète disparition. Avons-nous besoin de signaler les causes de cette différence? En résumant les faits de l'histoire, nous voyons les princes normands nouvellement établis dans les îles Britanniques obligés de s'appuyer sur le peuple pour anéantir la puissance féodale, de même que les rois de France avaient dû chercher dans l'affranchissement des communes leur meilleur appui contre les seigneurs. Mais la royauté, en France, trouvait dans l'esprit de la nation une force qui devait manquer longtemps encore aux conquérants de l'Angle-

[1] Nous adoptons sur cette question, qui a donné lieu à tant de controverses, l'opinion emise par M. Duboys, dans son excellent ouvrage de l'*Histoire du droit criminel des peuples modernes*. M. Meyer, dans ses *Institutions judiciaires*, prétend que le jury anglais, né à cette époque, ne fut qu'un souvenir de la Cour des bourgeois, que les croisés anglais avaient vue fonctionner en Palestine. L'opinion de M. Duboys nous paraît plus conforme aux faits de l'histoire.

terre. Les barons anglais étaient soutenus par le souvenir si récent de la conquête. La grande charte, arrachée au roi Jean, était une protestation contre l'usurpation des princes étrangers, et une manifestation du désir de la nation, d'intervenir dans le règlement de ses affaires. De là ce principe, proclamé par les publicistes anglais et qui s'est perpétué dans ce pays, que la justice ne dérive pas du roi, comme don gratuit de sa part; qu'il n'est que l'intendant du public pour la distribuer à qui elle est due [1]. En France, l'instinct des peuples servait la royauté contre la puissance féodale; en Angleterre, au contraire, les communes se liguaient avec les barons, pour restreindre la juridiction royale, et il fallut que les rois obtinssent, à l'aide de concessions libérales, l'appui des peuples pour soutenir la lutte avec avantage. De là ces résultats si contradictoires en apparence : en France, l'organisation du pouvoir judiciaire des parlements et des tribunaux permanents; en Angleterre, le maintien et le développement de l'institution du jury.

En étudiant la marche du jury en Angleterre, nous retrouvons longtemps les traces de son origine. Les justiciers avaient appelé les hommes de la centenie pour éclairer leur religion et couvrir leur responsabilité, plutôt que pour rendre un véritable jugement. Aussi, il fut longtemps admis en principe, que le jury de jugement devait être composé de douze hommes du voisinage, *de vicineto*, ayant, s'il était possible, une connaissance personnelle des faits de l'accusation. Le jury d'accusation, qui avait été organisé par Henri II, était choisi parmi les chevaliers du comté; le jury du jugement devait être pris exclusivement dans la centenie. Ce ne fut que plus tard, et lorsque le *petty jury* [2] perdit le caractère de témoins, *compurgatores*, pour revêtir celui d'appréciateurs des faits, que l'on vit l'inconvénient de le composer uniquement des hommes du voisinage, qui pouvaient être influencés par les préjugés ou les passions locales. Edward Ier, qui le premier régularisa le jugement par jury, conserva la nécessité de choisir les jurés de jugement dans la centenie. Edward III réduisit à six le nombre des hommes du canton nécessaires au *petty jury*, et permit de prendre les autres

[1] Blackstone, liv. I, ch. VII, p. 487.

[2] On appelle *petty jury* les jurés de jugement; le jury d'accusation porte le nom de *grand jury*.

dans le comté. Un statut de la reine Élisabeth n'exigea plus que deux habitants du canton [1]. Enfin Georges II permit de prendre dans tout le comté les membres du jury de jugement aussi bien que ceux du jury d'accusation [2].

Beaucoup d'autres formes de la procédure, dont quelques-unes se sont maintenues jusqu'à nos jours, ne peuvent s'expliquer que par ce caractère originaire du jury. Ainsi, telle est la cause de l'exclusion des témoins à décharge dans les anciennes procédures criminelles [3]. Les hommes de la centenie avaient été appelés pour affirmer les faits ; on n'avait aucune preuve, aucune discussion à produire devant eux. Ce n'est que sous le règne de la reine Marie, que nous trouvons consacrée comme un droit la faculté, admise quelquefois auparavant par l'usage, de faire comparaître les témoins devant le jury, et de lui soumettre les documents écrits. Un fait plus étrange, conservé par l'histoire, révèle mieux encore le caractère primitif des jurés anglais. Dans le procès célèbre d'Alice Peters, ancienne favorite du roi Edward III, six des jurés furent entendus comme témoins, et furent ensuite appelés à statuer sur la culpabilité. « Cette méthode, dit Lingard, était conforme à l'ancienne pratique, qui, pour composer le jury, choisissait les personnes qu'on présumait connaître le mieux la culpabilité ou l'innocence de l'accusé [4]. » A un autre point de vue, on peut faire remonter à la même origine l'usage, particulier au peuple anglais, d'exiger l'unanimité des jurés pour prononcer un jugement. Cette nécessité, que l'on trouve établie par les lois d'Edward Ier, paraît avoir été introduite par les *justiciarii itinerantes*, qui recherchaient les plus grandes garanties pour couvrir leur responsabilité [5].

Les jurés étaient responsables de leur décision, et pouvaient être poursuivis par un *writ d'attaint* et condamnés, s'il était re-

[1] Stat. 27, Elisab., ch. VI.

[2] Stat. 24, Georg. II, ch. XVIII ; Blackstone, liv. III, ch. XXIII, t. V, p. 19.

[3] Duboys, t. III, p. 185.

[4] Lingard, *Hist. d'Angleterre*, t. IV, p. 259.

[5] Cet usage existe encore aujourd'hui. La loi permet de priver les jurés de feu et de nourriture jusqu'à ce qu'ils aient rendu une décision unanime ; mais il a peu d'inconvénients dans la pratique, l'adhésion des dissidents ne tardant pas ordinairement à se produire par conviction ou lassitude.

connu qu'ils avaient violé leur serment en prononçant un faux verdict, comme sont poursuivis les accusés de faux témoignage [1]. D'après Bracton, lorsque le crime était grave, et l'information entourée d'obscurités, le justicier pouvait séparer les jurés, et les interroger tour à tour, pour arriver à la découverte de la vérité.

Tous ces faits révèlent d'une manière précise le véritable caractère du jury dans son enfance. Il était appelé pour éclairer la religion du justicier, pour préciser les faits et en apporter la preuve plutôt que pour les apprécier. C'est un souvenir de l'intervention des anciens *compurgatores*, et ce n'est que peu à peu qu'il perd ce caractère pour se transformer en véritable juge du fait, chargé d'en déclarer la criminalité.

Nous devons encore signaler un fait remarquable, suite peut-être nécessaire de l'introduction d'une procédure qui n'était réglementée par aucune loi. Lorsqu'il s'agissait d'un crime capital, le justicier ne pensait pouvoir justifier la juridiction du jury que par l'acquiescement de l'accusé. On lui demandait s'il consentait à être jugé par le pays, *per pais or country*. S'il refusait, on le renvoyait en prison, sans jugement. Depuis le statut d'Edward Ier, qui consacra la forme du jugement par jury, on continua à regarder l'acquiescement de l'accusé comme nécessaire. Mais, en cas de refus, on l'y contraignit en le renfermant dans un cachot, où on le faisait souffrir du froid et de la faim, quelquefois jusqu'à ce que mort s'ensuivît. Cette pénalité, connue sous le nom de *peine forte et dure*, n'était infligée que comme conséquence d'une obstination qui impliquait défiance et mépris de la justice du pays. Mais l'accusé n'avait pas été déclaré coupable, et s'il mourait dans la prison, il n'était pas regardé comme flétri ni atteint de félonie [2]. Cette peine, tombée en désuétude, ne fut complétement abolie qu'au dix-huitième siècle, par un statut de Georges III [3]. Le vieux principe, que le consentement de l'accusé était nécessaire pour que le jury ait droit de juger,

[1] Cette disposition a été conservée dans la loi anglaise ; les jurés convaincus d'avoir rendu de mauvaise foi un faux verdict peuvent être déclarés infâmes et condamnés à de fortes amendes. Mais aucune poursuite de cette nature n'a eu lieu depuis le règne de la reine Elisabeth.

[2] Duboys, t. III, p. 181.

[3] Stat. 12, Georg. III, ch. xx.

ne fut supprimé que par un statut de Georges IV[1], et jusqu'à ces derniers temps, nous en retrouvons les traces dans la question adressée à l'accusé qui comparaissait devant le *petty jury*, et qui protestait de son innocence. Le greffier lui demandait comment il voulait être jugé, et il répondait : « Par Dieu et par mon pays. »

Le jugement par jurés fut regardé comme remplaçant complétement les anciennes épreuves judiciaires, et l'individu soupçonné d'un crime, alors même qu'il n'était pas mis en accusation, put réclamer le droit de faire tomber, par le témoignage de douze hommes honorables, les préventions qui s'élevaient contre lui. Sous le règne de Henri III, trois hommes et une femme passaient pour avoir fait périr, au moyen de sortiléges, un chevalier nommé Richard du Plesset. Ils demandèrent à répondre à ces soupçons devant le pays. Le shériff du comté de Leicester, reçut l'ordre de convoquer douze chevaliers ou hommes libres du voisinage, et de les faire venir devant le justicier pour prononcer sur cette affaire. Les douze jurés déclarèrent que ces quatre personnes n'étaient pas coupables, et elles se retirèrent à l'abri de toute prévention[2].

Un des effets principaux de l'organisation du jury en Angleterre fut d'empêcher dans ce pays l'introduction de la procédure secrète et inquisitoriale, qui fut en France, après le quinzième siècle, le malheur de la procédure criminelle. Le verdict des jurés paraissait suffisant pour couvrir la responsabilité du justicier, et entraîner la punition des coupables, sans qu'il fût nécessaire de leur arracher un aveu au moyen des formes barbares de la question préparatoire[3]. Le jury était cependant loin d'a-

[1] Stat. 7, Georgi IV, ch. XXVIII.

[2] Fleta, liv. I, ch. XVIII, coll. d'Houard ; Duboys, t. III, p. 215.

[3] La torture a cependant été appliquée en Angleterre; on en trouve quelques exemples sous le règne de Henri VI, et elle se perpétua jusqu'à Charles Ier. Mais elle fut toujours considérée comme contraire aux principes fondamentaux de la loi, et ordonnée seulement en vertu de la prérogative royale, dont la dynastie des Tudors se fit une arme si terrible. Charles Ier, plus humain que ses prédécesseurs, n'osa pas soumettre à la torture le meurtrier de Buckingham. Il demanda aux juges s'il pouvait l'ordonner en vertu de sa prérogative. Les juges répondirent unanimement qu'une telle punition n'était pas permise par les lois. Dès lors, on ne trouve plus un seul exemple de torture en Angleterre, et Cromwell lui-même n'osa la remettre en usage. Duboys, t. III, ch. XXV, p. 536.

voir atteint, dès sa formation, la perfection avec laquelle il fonctionne aujourd'hui ; mais il était établi sur des bases durables, qui lui permirent de se soutentr au milieu des crises politiques qui se succédèrent en Angleterre.

Nous avons dit qu'Edward Ier avait régularisé par ses ordonnances la procédure du jury; cette institution devait se ressentir longtemps encore des luttes au milieu desquelles elle avait pris naissance, et de la faiblesse de sa constitution primitive. Sous le règne des Plantagenet, les barons et seigneurs qui avaient cherché à consolider leur pouvoir au moyen des *maintenances*, association de barons féodaux sous le patronage d'un seigneur puissant, abusèrent souvent de leur influence sur les shériffs chargés du choix des jurés. L'administration de la justice en recevait de graves atteintes. Souvent même la corruption s'adressait aux jurés eux-mêmes. Henri Tudor, en montant sur le trône d'Angleterre sous le nom de Henri VII, voulut reconstituer légalement les juridictions, et s'en servir pour augmenter le pouvoir royal. Dans la troisième année de son règne, il obtint du Parlement un statut qui releva la *curia regis*, et permit de lui soumettre le jugement de certains crimes. Peu après, dans les premières années du règne de Henri VIII, la formation de la *Chambre étoilée*[1], livra l'administration de la justice aux influences déplorables du despotisme. Tout le monde connaît les poursuites qui eurent lieu sous les règnes de Henri VIII et d'Élisabeth, sous le prétexte de haute trahison, et les condamnations qui en furent la suite.

En dehors des attributions spéciales de la Chambre étoilée, le jury continuait cependant à fonctionner ; mais sa composition était viciée par le plus complet arbitraire, et les jurés, gagnés par la corruption ou la crainte, se rendaient complices des sentences les plus iniques. « C'était, a dit lord Auckland en parlant de cette époque, une coutume très-ordinaire et très-lucrative parmi les shériffs, de composer des jurys tellement infectés de partialité, que, selon l'observation du cardinal Wolsey, on aurait

[1] Cette Cour existait antérieurement, sous le nom de *Camera stellata*. Mais elle fut reformée sur de nouveaux plans par les statuts 3, Henri VII, ch. 1, et 21, Henri VIII, ch. xx. On n'est pas d'accord sur l'origine de son nom, que quelques auteurs attribuent seulement à la décoration de la salle de ses séances. Voir Blackstone, liv. IV, ch. xix.

pu leur faire trouver Abel coupable du meurtre de Caïn. » Nous ne pourrions faire un tableau plus complet de la manière dont était alors rendue la justice en Angleterre, que celui qu'a tracé un publiciste anglais, Hallam, dans son *Histoire constitutionnelle*[1]. « Dans aucun pays, dit cet auteur, les sujets ne peuvent être censés jouir d'une liberté réelle, si elle n'est fondée tout à la fois sur de bonnes institutions judiciaires et sur leur constante action. En ceci, beaucoup plus que pour le texte des lois, notre ancienne constitution s'est trouvée en défaut sous la dynastie des Plantagenet et des Tudors... Il m'a paru impossible de ne pas signaler quelques-unes des plus frappantes violations de la loi, tant naturelle que positive, qui, dans les procès de haute trahison, rendaient nos cours de justice peu différentes de vraies casernes d'assassins. Quiconque était cité à leur barre, devait se tenir pour presque certain d'y trouver un violent accusateur, un juge qui se distinguait à peine, et par sa seule hermine, de l'accusateur, et un jury d'une pusillanimité toute passive. Ceux qui ne connaissent que notre procédure criminelle moderne, si remarquable par sa décence et sa dignité, peuvent difficilement se faire une idée des anciens jugements criminels... »

« Il n'y a pas lieu de s'étonner, poursuit le même auteur en signalant les iniquités judiciaires du règne d'Élisabeth, que certaines déclarations aient pu être rendues par le jury, quand on considère quels moyens possédait le gouvernement pour se les assurer. Le shériff dressait la liste des jurés, ou conformément à des instructions expresses, ou selon ce qu'il jugeait lui-même être dans les intentions et les intérêts de la couronne. Si, dans une affaire importante, la réponse des jurés se trouvait contraire aux conclusions de la Commission, ceux-ci se voyaient cités devant la Chambre étoilée pour y rendre compte de leur conduite, trop heureux s'ils en étaient quittes pour une humble rétractation et quelques durs reproches, au lieu d'amendes énormes et d'un emprisonnement sans terme fixe. »

Disons cependant, pour être justes, que le jury anglais ne fut pas responsable des exécutions nombreuses ordonnées sous Henri VIII, contre les accusés de haute trahison. Le roi obtint du Parlement de frapper directement d'un *bill d'attainder* les plus

[1] *Hist. const. de l'Angleterre*, t. I, p. 348.

nobles têtes, et telle était la crainte qu'il inspirait, que les grands juges eux-mêmes déclarèrent que ce bill, qui entraînait la peine de mort, pouvait être prononcé sans entendre l'accusé[1].

Le jury n'avait d'ailleurs, à cette époque, aucune des règles qui en assurent la véritable garantie. Il n'était pas alors extraordinaire, ni contraire à la loi, de voir le juge qui présidait les assises, ou même un ministre du roi, se transporter parmi les jurés et leur arracher par la persuasion ou la crainte un verdict favorable aux désirs de la couronne. C'est ainsi qu'un ministre de Henri VIII obtint la condamnation de trois prieurs chartreux, traduits devant le jury pour avoir refusé au souverain les honneurs et la qualification de sa dignité royale[2]. C'est ainsi que Thomas Morus fut condamné par le jury sur le simple témoignage du *sollicitor général* chargé de l'accuser. Les jurés restèrent longtemps soumis à cette pression des officiers de la couronne, et menacés d'être eux-mêmes poursuivis, s'ils acquittaient un homme accusé de haute trahison. Sous le règne de la reine Marie, des jurés furent assez indépendants pour prononcer un verdict d'acquittement en faveur d'un homme accusé d'être le complice d'une insurrection. Ils furent immédiatement incarcérés et condamnés à une amende de 500 livres sterling[3]. Il serait facile de citer, sous le règne d'Élisabeth, d'autres exemples de la pression exercée contre les jurés.

Les luttes religieuses, et les poursuites nombreuses ordonnées contre les catholiques, sous prétexte de trahison, augmentaient encore l'arbitraire et le despotisme qui s'étaient introduits dans l'administration de la justice. Un grand nombre de procès avaient été enlevés à la juridiction du jury et soumis à la *Cour du banc du roi*. La loi commune était ainsi complétement violée, dans les poursuites contre les papistes. Sous Charles Ier, le Parlement voulut s'emparer à son tour du pouvoir judiciaire. Les procès célèbres de lord Strafford, de l'évêque Laud et du roi Charles Ier, dans lesquels furent négligées toutes les règles de la *common law*, suffisent pour rappeler dans quel honteux désordre était tombée l'autorité judiciaire.

[1] Hallam, p. 22 et 23.
[2] Lingard, t. VI, p. 317; Dubois, t. III, p. 360.
[3] Duboys, t. III, p. 383 et suiv.

Le jury fut étranger à ces condamnations iniques. Au milieu de cette anarchie, il continuait de fonctionner pour le jugement des affaires ordinaires. Au moment même où le long Parlement venait de faire monter Charles Ier sur l'échafaud, et de voter la formation d'une haute Cour en dehors de la loi commune, une session trimestrielle des assises était sur le point de s'ouvrir. Le Parlement voulut prouver que la marche régulière de la justice était compatible avec la république. Les grands juges furent appelés. Six d'entre eux eurent le courage de refuser le serment de fidélité qu'on leur demandait. Les six autres consentirent à siéger, mais à la condition que les anciennes lois du pays seraient observées.

Bientôt, de nombreuses protestations s'élevèrent contre les abus de pouvoir du Parlement. Lilburne publia de hardis pamphlets pour réclamer les garanties légales dues à tous les citoyens anglais. Poursuivi devant une commission du Parlement, assistée de jurés, il demanda vivement le rétablissement des libertés publiques, soutenant que la question intentionnelle appartenait au jury aussi bien que la question de fait. Le jury résista aux efforts de la Commission et prononça un verdict d'acquittement, au milieu de joyeuses et bruyantes acclamations [1]. Le Parlement dut céder ; mais tous les accusés politiques furent désormais traduits devant la haute Cour. En vain ils protestaient contre cette juridiction, et réclamaient leur jugement par les jurés ; ils étaient impitoyablement condamnés.

Lorsque Cromwell eut chassé le Parlement et se fut emparé du pouvoir, il comprit qu'il ne pouvait confier au jury, dont il craignait l'indépendance, le jugement des crimes politiques ou religieux. Il substitua à la haute Cour des majors généraux, auxquels il donna des attributions judiciaires. Malgré cet arbitraire, nous retrouvons à cette époque un certain respect de la *common law*. Un grand juge, Hale, refusa de présider les assises du circuit, parce que la loi commune n'avait plus son libre cours dans les affaires criminelles. Cromwell n'osa pas prononcer sa destitution [2].

Après la chute de la république et la restauration de Charles II,

[1] Guizot, *Hist. de la républ. d'Angleterre*, t. I, p. 62 et suiv.
[2] Hallam, *Constitutionnal history*, t. II, p. 188.

la légalité se releva en Angleterre, et les institutions retrouvèrent leur force. Le jury reprit son indépendance, et dans les premières années du règne de ce prince, en 1667, lord Keeling, lord chief de justice, ayant voulu condamner à l'amende et à la prison des jurés dont le verdict ne s'accordait pas avec ses désirs, fut lui-même l'objet d'une sévère censure.

Ainsi, le jury avait traversé les plus mauvais jours du despotisme, sans perdre sa force et sa puissance. Les institutions judiciaires sont longues à se former en Angleterre; mais elles ont une vitalité que l'on rencontre rarement dans l'histoire des autres nations. L'indépendance du jury avait pu fléchir sous les violences et les menaces des chefs de la justice, pendant les règnes de Henri VIII et d'Elisabeth ; mais la plupart des iniquités juridiques de cette époque avaient été commises sans son concours; il avait continué à fonctionner pour la répression des crimes ordinaires et avait reçu au milieu même de ces désordres une organisation qui devait assurer sa force et son maintien. C'est, en effet, dans les statuts 23 et 25 de Henri VIII que se trouvent écrites les règles sur la récusation des jurés. Le statut 33 du même règne garantit l'impartialité du juge directeur du jury, en décidant qu'aucun juge ne pourra tenir les assises dans le lieu de sa naissance ou de sa demeure. Un statut de la reine Marie donne aux accusés le droit de faire entendre des témoins à décharge, et c'est dans un statut de la reine Elisabeth que sont fixées les conditions de revenu nécessaires pour remplir les fonctions de juré [1].

Ainsi se développait pour l'avenir, au milieu du despotisme le plus terrible, cette institution, regardée par les Anglais comme la principale garantie des libertés publiques. Sans doute, elle reçut plus tard bien des perfectionnements; mais dès cette époque, elle était assez forte pour opposer quelquefois un obstacle aux volontés des princes Tudors, et ceux-ci se virent obligés d'arracher à ses juridictions les accusés désignés par avance comme victimes de leurs passions despotiques. C'est là un titre d'honneur pour le jury, qui l'a fait préconiser si vivement par les publicistes anglais. « Je crois pouvoir l'affirmer,

[1] Stat. 27, Elisab., ch. VI. Ce statut a été modifié en 1825 par le statut de Georges IV.

dit Blackstone, c'est, après la Providence, cette institution qui a affermi, pour une longue suite de siècles, les justes libertés de l'Angleterre. Un célèbre écrivain français (Montesquieu, *Espr. des lois*, XI, VI) pense que, puisque Rome, Sparte et Carthage ont perdu leurs libertés, celles de l'Angleterre doivent périr avec le temps : il aurait dû réfléchir que Rome, Sparte et Carthage, dans le temps où leurs libertés ont péri, ne connaissaient pas l'examen par jurés [1]. »

Laissons au célèbre commentateur des lois de l'Angleterre l'enthousiasme de son patriotisme. Le jury ne suffit point pour sauver les libertés d'un peuple. Le temps où écrivait Montesquieu n'était pas éloigné de celui où des jurés anglais avaient condamné Thomas Morus, sur le simple témoignage de l'officier de la couronne chargé de la poursuite. Pour que le jury ait une véritable influence pour la garantie de la liberté, il faut qu'il soit regardé dans le pays comme une institution sociale ; il faut qu'il ne soit composé que d'hommes intelligents, assez indépendants pour comprendre la hauteur de leur mission. A cette condition seule, cette institution peut être considérée comme un palladium des libertés publiques et prendre l'importance qu'elle a obtenue en Angleterre, et qu'on est encore loin de lui accorder dans notre pays.

CHAPITRE IV.

DE L'INTRODUCTION EN FRANCE DU JUGEMENT PAR JURÉS, EN MATIÈRE CRIMINELLE.

L'institution du jury, dont nous avons trouvé les principes dans les procédures françaises antérieures au quinzième siècle, devait reprendre place dans notre législation dans les dernières années du dix-huitième siècle. Au milieu des réformes nombreuses soumises à l'Assemblée constituante en 1789, l'organisation judiciaire était une de celles qui devait appeler la plus sérieuse attention. Un décret du 4-11 août 1789 avait aboli les justices seigneuriales. Depuis longtemps, les publicistes s'élevaient contre les procédures secrètes, qui privaient l'accusé de

[1] Blackstone, liv, III, ch. XXIII ; trad., t. V, p. 59.

toutes les garanties d'une libre défense. Un décret de l'Assemblée nationale, du 8 octobre-3 novembre 1789, avait déclaré, dans son préambule, « qu'un des principaux droits de l'homme est celui de jouir, lorsqu'il est soumis à l'épreuve d'une poursuite judiciaire, de toute l'étendue de liberté et sûreté pour sa défense qui peut se concilier avec l'intérêt de la société, qui commande la punition des délits. » Quelle devait être la base de la nouvelle organisation judiciaire? Les philosophes et publicistes du dix-huitième siècle avaient présenté le jury comme la seule institution qui pût donner une sérieuse garantie à la liberté. Montesquieu avait dit : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert... Il faut que, dans les grandes accusations, le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges, ou du moins qu'il en puisse récuser un si grand nombre que ceux qui restent soient censés être de son choix[1]. » Beccaria avait proclamé « que c'est une loi bien sage et dont les effets sont toujours heureux, que celle qui prescrit que chacun soit jugé par ses pairs[2]. » Filangieri avait proposé pour modèle d'organisation judiciaire le système même de la législation anglaise. De plus, le jury fonctionnait en Angleterre, le seul pays qui parût à cette époque en possession d'institutions libérales, et l'Amérique libre venait de l'admettre dans sa nouvelle constitution.

Ces faits devaient appeler l'attention du comité de constitution chargé de préparer un projet d'organisation judiciaire. Le comité admit en principe l'intervention de jurés dans le jugement des affaires criminelles. Dans le rapport fait à la séance du 14 août 1789, M. Bergasse s'exprimait ainsi : « On s'apercevra facilement qu'il n'est aucun moyen dont nous parlons qui ne nous ait été fourni par la jurisprudence adoptée en Angleterre et dans l'Amérique libre, pour la poursuite et la punition des délits. C'est qu'en effet il n'y a que cette jurisprudence, autrefois en usage parmi nous, qui soit humaine; c'est qu'il n'y a

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, ch. VI.

[2] Beccaria, *Des délits et des peines*, p. 34.

que cette jurisprudence qui s'associe d'une manière profonde avec la liberté ; c'est que nous n'avions rien de mieux à faire que de l'adopter promptement, en l'améliorant dans quelques-uns de ses détails et perfectionnant encore, s'il est possible, cette sublime institution des jurés, qui la rend si recommandable à tous les hommes accoutumés à réfléchir sur l'objet de la législation et les principes politiques et moraux qui doivent nous gouverner [1]. »

Le 22 décembre suivant, M. Thouret fit, au nom du comité judiciaire, un rapport dans le même sens, et le 24 mars 1790 s'ouvrit la discussion sur ces rapports. Mais on n'était pas d'accord sur les principes qui devaient être adoptés; divers systèmes étaient proposés, et pour rétablir l'ordre nécessaire dans un sujet si important, M. Barrère de Vieuzac proposa, le 31 mars, une série de questions préliminaires dont la solution devait faciliter la constitution du pouvoir judiciaire [2]. En tête de ces questions, admises par décret, se trouvaient celles-ci: 1° Etablira-t-on des jurés? 2° Les établira-t-on en matière civile et criminelle? La discussion sur ces questions dura six séances [3]. Elle porta principalement sur l'admission du jury en matière civile. L'assemblée était presque unanime pour son application aux affaires criminelles, mais on ne voulait pas copier servilement la constitution de l'Angleterre. « Tout le monde veut le jury, disait M. Thouret, mais tout le monde ne le veut pas de la même manière. « L'établissement des jurés, disait à son tour M. Régnier, est, dit-on, la base de la constitution: eh bien, reconnaissez cette base; vous le pouvez sans inconvénient en vous y prenant ainsi: Y aura-t-il des jurés? Décrétez l'affirmative; le principe constitutionnel sera établi, mais décrétez qu'il sera, quant à présent, établi des jurés en matière criminelle seulement. » Tel était le langage de tous les orateurs. L'admission du jury était regardée comme un principe constitutionnel. Mais on était loin de s'entendre sur les pouvoirs à lui conférer et les bases de son organisation. M. Buzot repoussait le système anglais. « Si vous parlez de jurés, tels qu'ils sont en Angleterre, disait-il, je n'en adopte ni au civil ni au criminel. Si, au contraire, vous voulez

[1] *Moniteur*, 15 et 16 août 1789.

[2] *Moniteur*, 1er avril 1790.

[3] *Moniteur*, séances des 5, 6, 7, 8, 22 et 23 avril 1790.

vous faire une idée exacte de cette institution, peut-être serons-nous d'accord; car, encore une fois, dans mon opinion, point de justice sans jurés. » M. Garat voulait des jurés choisis : « Il ne faut pas dire que tout le monde est capable de juger un fait; ce jugement ne peut être rendu que par les classes les plus éclairées de la société. Je ne dis pas qu'on ne doive appeler au jury que des gens de loi; la connaissance de la loi n'est pas absolument nécessaire; mais une bonne logique est indispensable. » L'abbé Siéyès voulait aussi des jurés choisis, et se rapprochant autant que possible des pairs de l'accusé. Le décret du 30 avril 1790 mit fin à cette discussion, et décida qu'il y aurait des jurés en matière criminelle; qu'il n'en serait pas établi en matière civile.

Le principe était admis; il fut confirmé par la loi sur l'organisation judiciaire des 16 et 24 août 1790, et par les constitutions de 1791, de 1793, de l'an III et de l'an VIII. Depuis, il est resté inscrit dans les chartes et constitutions qui se sont succédé, comme un des fondements de notre droit public. Cependant son maintien devait être vivement contesté. Le jury avait eu, dès sa naissance, de tristes épreuves à subir. Les hommes de la Révolution, ne pouvant repousser une institution déclarée constitutionnelle, s'en étaient emparés et en avaient fait leur complice. Des jurés siégeaient aux tribunaux révolutionnaires. C'est un jury qui prononça la condamnation de la reine Marie-Antoinette, et de tant d'autres victimes des excès révolutionnaires. D'un autre côté, le jury, difficile à organiser, avait montré une grande faiblesse pour la répression des crimes ordinaires. Dans plusieurs départements, son fonctionnement avait été tellement irrégulier, qu'il avait fallu le suspendre. L'institution avait perdu ainsi tout son prestige.

La question du maintien du jury devait bientôt se présenter d'une manière sérieuse. Une commission du Conseil d'Etat avait été chargée, par l'arrêté du 7 germinal an IX, de la rédaction d'un projet de Code criminel. Dans la séance du 9 prairial an XII, l'Empereur s'était fait rendre compte de l'état du travail, et avait ordonné à la section de législation de rédiger la série de questions fondamentales qui devaient être soumises à la discussion. La première question fut celle-ci : L'institution du jury sera-t-elle conservée? Dans la séance du 16 prairial an XII, son maintien fut vivement attaqué. « L'épreuve que l'on a faite de

l'institution par jurés n'a pas été heureuse, disait M. Siméon [1]... Sous le prétexte que des hommes qui ont fait une profession et une science de l'art de juger combinaient avec trop de moyens et d'habileté les motifs de leurs décisions, on voulut que des hommes étrangers à l'habitude des affaires, vinssent assister à des débats souvent de plusieurs jours, entre des témoins, des accusés et leurs défenseurs... Quelle que soit la manière d'instruire une cause criminelle, où est l'avantage d'avoir pour juges de simples citoyens plutôt que des magistrats? On dit que les magistrats s'endurcissent par l'habitude de juger, qu'ils présument toujours les crimes, qu'ils ne voient que des coupables. Pourquoi? Qu'y gagnent-ils? Est-ce donc un plaisir de condamner? Mais les jurés, appelés une ou deux fois à un jugement criminel, effrayés de l'importance de fonctions insolites pour eux, et des suites de leurs déclarations, ne se trouveront-ils pas heureux d'absoudre? Il n'y aura pas seulement sûreté pour l'innocence, il y aura impunité pour le crime... Tout le monde est d'accord que c'est de la conviction que doit dépendre le jugement criminel; le magistrat est-il donc moins susceptible de conviction, ou sa conviction est-elle plus suspecte que celle du juré? Sans doute le juré prononcera suivant sa conviction; mais ce sera souvent celle d'un homme léger qui se détermine sur le premier aperçu, sur la physionomie de la cause, si ce n'est quelquefois sur celle de l'accusé ou des témoins. Rarement le juré, quelque attention qu'il apporte aux débats, est en état de prononcer autrement que par une sorte d'instinct. Aussi qu'arrive-t-il? un ou deux jurés entraînent les autres, et s'il y a quelqu'un parmi eux qui ait plus d'habitude de la discussion, il fait le jugement... Sur le tout, quel est l'avantage réel du jury? Les jurés sont, dit-on, les juges du fait; mais les magistrats sont-ils incapables de l'être, eux qui, s'ils n'étaient pas magistrats, seraient jurés? La publicité de la procédure et des débats, voilà la véritable garantie de la sûreté individuelle. Avec cette publicité, on sera mieux et plus sûrement jugé par des hommes en ayant charge, que par les premiers venus.» MM. Boulay de la Meurthe, Portalis et Bigot-Préameneu professèrent la même doctrine, et demandèrent la suppression du jury [2].

[1] Locré, t. XXIV, p. 12 et suiv.
[2] Locré, t. XXIV, p. 22 et suiv.

M. Berlier combattit vivement cette opinion : « Puisqu'on insiste, dit-il, sur l'extrême habileté qu'il faut avoir pour démêler les faits résultant d'une accusation criminelle, et pour les juger, il faut bien distinguer ce que cette proposition tend à confondre. Sans doute, pour amener la connaissance du fait par une instruction sage et mesurée, il faut un tact qui ne s'acquiert que par l'expérience. Mais quand la procédure est bien faite, et qu'on l'a environnée de tous les éclaircissements dont la cause est susceptible, faut-il autre chose que de la droiture et du bon sens pour prononcer si l'accusé est coupable ou non? Voilà la délégation faite aux jurés, et certes, elle ne saurait excéder la portée de leurs lumières. La séparation du fait et du droit met chaque chose à sa place ; elle évite surtout l'établissement d'une corporation d'hommes exclusivement chargés de prononcer sur la vie et l'honneur des citoyens, et toujours enclins à une certaine sévérité par l'endurcissement qui naît de l'habitude; quand on est appelé à faire toute sa vie la même chose, on se prescrit des règles et on les suit étroitement, mais celui qui statue accidentellement n'est gêné par aucun système. Il suit nécessairement l'impulsion de sa conscience et n'a qu'elle pour guide. Tel est le jury, et autant sa conviction morale est au-dessus des preuves légales, autant l'institution des jurés en matière criminelle est au-dessus de toute institution qui les exclurait[1]. » Les mêmes arguments furent développés par MM. Treilhard, Regnault de Saint-Jean-d'Angély, Defermon et autres. L'Empereur résuma la discussion dans des termes qui semblent peu favorables au jury et cependant conclut à son admission :« De part et d'autre, dit-il, on a allégué des raisons très-fortes contre l'institution des jurés ; mais on ne peut se dissimuler qu'un gouvernement tyrannique aurait beaucoup plus d'avantages avec des jurés qu'avec des juges qui ne sont pas à sa disposition, et qui toujours lui opposeront plus de résistance. Aussi les tribunaux les plus terribles avaient-ils des jurés. S'ils eussent été composés de magistrats, les habitudes et les formes auraient été un rempart contre les condamnations injustes et arbitraires. La dureté que peut donner l'exercice continuel de ces fonctions est peu à craindre, lorsque la procédure est publique, qu'il y a des défenseurs et des débats.

[1] Locré, t. XXIV, p. 22 et suiv.

Cependant Sa Majesté admet le jury, s'il est possible de parvenir à le bien composer[1]. » Dans la même séance, le Conseil adopta en principe que l'institution du jury serait conservée.

Mais elle devait subir de nouvelles épreuves, avant de prendre racine dans notre organisation judiciaire. Son maintien fut de nouveau attaqué incidemment dans la séance du Conseil d'Etat du 1er brumaire an XIII, à l'occasion de la question de réunion de la justice civile et de la justice criminelle. En réponse à une interpellation de M. Berlier, l'Empereur déclara qu'il ne pensait pas que le jury fût inconciliable avec la réunion de la justice civile et criminelle ; qu'au surplus, il permettait de discuter de nouveau la question de savoir si cette institution serait maintenue. L'incident n'eut pas de suites, et le Conseil déclara persister, dans sa délibération du 16 prairial, pour la conservation du jury[2].

Cette question devait être agitée une dernière fois d'une manière plus sérieuse. La discussion du Code criminel, dont le projet primitif comprenait dans un seul ensemble les formes d'instruction et les peines à prononcer contre les coupables de crimes ou délits, avait été suspendue après vingt-cinq séances. Elle ne fut reprise que quatre années plus tard, en janvier 1808. Le premier projet avait subi une complète transformation. Deux codes distincts étaient présentés, l'un contenant la procédure criminelle, l'autre les dispositions pénales [3]. Dans la séance du Conseil d'Etat du 30 janvier 1808, M. Treilhard, au nom de la section de législation, présenta un rapport sur l'état du travail relatif au projet du Code d'instruction criminelle. Les questions posées en l'an XII, comme bases de la procédure furent reprises. L'Empereur rouvrit lui-même la discussion sur la première de ces questions : L'institution du jury sera-t-elle conservée? L'expérience des quatre années qui venaient de s'écouler n'était pas favorable à son maintien. Le jury, mal organisé, avait fonctionné avec une déplorable faiblesse. Les citoyens appelés à en faire partie y venaient en général avec répugnance; ils étaient la plupart peu éclairés. Les adversaires du jury s'empa-

[1] Locré, t. XXIV, p. 46.
[2] Locré, t. XXIV, p. 443.
[3] Locré, t. I, p. 225.

rèrent de cet état de choses, pour s'efforcer de le renverser. M. Montalivet déclara que l'épreuve était faite; que cette institution n'était ni dans l'esprit ni dans les mœurs des Français et ne pouvait avoir de bons résultats. M. Cambacérès ajouta « que la théorie du jugement par jury est belle et séduisante; mais qu'on ne peut se dissimuler qu'en général les jurés remplissent leurs fonctions avec beaucoup de faiblesse et qu'ils encouragent le crime par l'impunité. » Mais le jury trouva d'éloquents défenseurs. MM. Treilhard et Berlier en soutinrent vivement les principes, déclarant que les vices qu'on lui reprochait étaient dus à sa mauvaise organisation, mais non à l'institution elle-même. Le conseil adopta une troisième fois en principe que le jury serait conservé [1].

Cependant, la discussion recommença dans la séance du 6 février. M. Treilhard présentait un projet contenant les bases de la justice criminelle. M. Joubert déclara que, puisqu'il retrouvait dans ce projet l'institution du jury, il devait à sa conscience de le combattre; il reprit toutes les objections soulevées dans les précédentes séances, et conclut à la suppression du jury [2]. M. Berlier se chargea de lui répondre. Il rétablit avec éloquence les véritables principes de cette institution. « On a osé, dit-il en terminant, invoquer le vœu national; mais ceux qui se constituent ses interprètes, veulent-ils parler de la masse des citoyens? Non; le corps de la nation ne saurait désirer l'abrogation d'une institution sur laquelle se fonde la plus grande sécurité de chacun de ses membres. Qu'est-ce donc que ce prétendu vœu national? La répugnance de quelques jurés à l'exercice de leurs importantes fonctions, et le désir qu'éprouvent quelques magistrats d'étendre les leurs; voilà ce qu'on confond avec le vœu de la nation... L'institution est utile, le devoir du législateur est tracé, et s'il aperçoit encore quelque résistance, ce ne doit être que pour les faire cesser et les vaincre [3]. » Le conseil décida de nouveau le maintien du jury.

Cette décision mit enfin un terme aux longues discussions qui avaient eu lieu sur ce point. Le jury était définitivement admis en France pour le jugement des affaires criminelles. Depuis cette

[1] Locré, séance du 30 janvier 1808, t. XXIV, p. 576 et suiv.
[2] Locré, séance du 6 février 1808, *ibid.*, p. 602.
[3] Locré, *ibid.*, p. 617.

époque, son principe ne fut plus remis en question ; le jury fit partie de notre organisation judiciaire. Que résulte-t-il, au point de vue de l'origine de cette institution dans notre pays, des discussions que nous avons rapidement analysées? A notre avis, l'admission du jury en France ne fut pas une simple imitation de la procédure de l'Angleterre ; nous y voyons plutôt une protestation contre le despotisme du pouvoir, qui s'était complétement emparé de l'administration de la justice, au moyen des procédures secrètes et inquisitoriales, et un souvenir des lois et coutumes anciennes qui contenaient, sinon les conditions essentielles, du moins le véritable principe de cette institution; sinon les formes qui en ont assuré la puissance, du moins l'idée fondamentale que ces formes n'ont fait que réaliser [1]. Les lois anglaises, qui fonctionnaient depuis longtemps, ont pu faciliter la formule qu'il importait de suivre pour lui donner un caractère durable; elles nous ont épargné peut-être des épreuves douteuses et difficiles ; mais le principe est plus haut, et, si l'agrandissement du pouvoir souverain en avait empêché le développement dans notre pays, le souvenir s'en était perpétué, et devait retrouver sa force dès que les idées de garantie sociale pourraient reprendre leur place dans notre législation.

Nous pourrions nous arrêter ici; mais que l'on nous permette, en terminant cette étude, d'apprécier en quelques lignes l'institution dont nous avons voulu rechercher la véritable origine. Le jury est devenu un des principes fondamentaux de notre justice pénale; il a été considéré comme une des garanties de la liberté individuelle, et inscrit, à ce titre, dans les diverses constitutions des gouvernements qui se sont succédé en France depuis un demi-siècle. Cependant, depuis cette époque, il a rencontré dans notre pays de nombreux détracteurs; il a été l'objet de bien des attaques. On ne lui a épargné aucun reproche : faiblesse, défaut d'intelligence, partialité même dans certaines affaires, et ses adversaires l'ont présenté comme une cause d'affaiblissement de la justice répressive. Sans doute, on pourrait signaler quel-

[1] L'influence de ce souvenir ne peut être douteuse, lorsqu'on lit avec soin le rapport de M. Bergasse à l'Assemblée constituante (*Moniteur*, 16 août 1789), et le discours prononcés au Conseil d'État, que nous avons seulement analysés. Locré, t. XXIV, *loc. cit.*

ques exemples d'indulgence et de faiblesse, quelques acquittements regrettables. Mais il ne faut rien exagérer à cet égard. Si nous laissons de côté les premières années, pendant lesquelles le jury devait se ressentir du malheur des temps et de l'inexpérience de son fonctionnement, les statistiques répondront à ces reproches. Nous le reconnaissons, les acquittements sont encore plus fréquents devant le jury que devant les tribunaux correctionnels; mais le nombre en a diminué, depuis que la loi de 1832 a permis aux jurés d'adoucir, par l'admission des circonstances atténuantes, la rigueur des pénalités édictées par nos lois, et aujourd'hui il serait injuste de prétendre que l'indulgence du jury ait pour résultat d'affaiblir la justice répressive [1].

Suivant nous, ce n'est pas à l'institution du jury qu'il faut reprocher la faiblesse ou la partialité que l'on a quelquefois signalée; c'est à son organisation si longtemps vicieuse. L'intervention des citoyens au jugement des affaires criminelles est une véritable fonction judiciaire. C'est en méconnaissant cette règle que nos lois ont affaibli l'institution dans son principe. Le mode de formation des listes a varié bien souvent, et a suivi toutes les vicissitudes politiques qui ont agité notre pays. Les pouvoirs qui se sont succédé ont voulu, tour à tour, s'emparer du jury, s'en faire une arme dont ils pussent se servir, oubliant que la première condition d'existence d'un corps judiciaire est l'indépendance qui assure sa force et son impartialité. Dès l'origine, on a regardé les fonctions de juré comme un droit politique. Aux termes de la loi du 16 septemble 1791, tout citoyen ayant la capacité requise pour être électeur, pouvait être juré; mais il fallait déterminer comment serait formée la liste de chaque session, et le législateur de 1791, effrayé peut-être du peu de garantie de capacité qu'offrait un principe aussi largement admis, donnait au procureur général syndic du département, le pouvoir de choisir tous les trois mois, sur la liste générale, deux cents individus qui seraient appelés à faire partie du jury de jugement. Ainsi, dès cette époque, la composition des listes de révision furent livrées à l'arbitraire des agents du gouvernement. La Convention nationale ne devait pas tarder à en abuser. Au mo-

[1] Voir sur ce point les résumés statistiques présentés par M. Faustin Hélie, *Just. crim.*, t. VIII, p. 232.

ment de la formation des tribunaux révolutionnaires, il importait, tout en conservant l'apparence du jury, de se garantir de son indépendance. Un décret du 10 mars 1793 décida que douze citoyens du département de Paris et des quatre départements voisins, seraient désignés par la Convention nationale, pour remplir les fonctions de jurés près le tribunal révolutionnaire [1]. C'est ainsi que, dès sa naissance, le jury, faussé dans son principe, devint l'arme des partis les plus violents.

Dans les tribunaux criminels ordinaires, le pouvoir voulait dominer également par le choix des jurés. La loi du 2 nivôse an II confia la formation des listes de service à l'agent national de chaque district. Plus tard, la constitution de l'an III replaça un instant le jury sur les bases de la loi du 16 septembre 1791; mais le Code de brumaire an IV, rendit à l'administration départementale le choix des jurés qui devaient être portés sur la liste annuelle.

Nous ne voulons pas suivre pas à pas les modifications si fréquentes que subit l'organisation du jury. Le principe posé par la loi de 1791, qui regardait ces fonctions comme une conséquence du droit électoral, amena des variations de toute nature, suite des diverses lois qui modifièrent les conditions électorales elles-mêmes. Le Code de 1808 avait étendu, pour la formation de la liste générale annuelle, le cadre alors restreint de la capacité électorale, et y avait adjoint les fonctionnaires administratifs, les docteurs et licenciés des Facultés et quelques autres classes de personnes dont la position attestait une capacité suffisante [2]. Mais il laissait au pouvoir administratif le choix des citoyens appelés à siéger. L'article 387 portait que les préfets formeraient, sous leur responsabilité, une liste de jurés, quinze jours avant chaque session. Cette liste devait comprendre soixante noms, et était adressée au président de la Cour d'assises, qui la réduisait à trente-six dans les vingt-quatre heures de sa réception. Ainsi la formation de la liste du jugement était laissée à l'arbitraire des préfets; elle était dressée à un moment où étaient déjà connues les affaires qui devaient être soumises aux débats. Ce mode enlevait toute indépendance aux jurés, toute autorité à leurs décisions.

[1] Voir aussi décrets du 31 juillet 1794 et du 22 prairial an II.

[2] *Code de just. crim.* de 1808, art. 382 et 387.

Sous la Restauration, de vives réclamations s'élevèrent contre ces dispositions de la loi. Le gouvernement promit longtemps une nouvelle organisation du jury, qui devait lui rendre son indépendance. La loi du 2 mai 1827 fut loin de réaliser ces promesses. Elle étendit le nombre des personnes présumées capables, qui devaient faire partie de la liste générale ; mais elle laissa aux préfets la formation de la liste de service, seule sérieuse, puisqu'il importe peu qu'un grand nombre de citoyens puissent y être appelés, lorsque le choix de ceux qui siégeront réellement est laissé à l'arbitraire du pouvoir. L'article 7 de cette loi portait : « Après le 30 septembre, les préfets extrairont, sous leur responsabilité, des listes générales dressées en exécution de l'article 2, une liste pour le service du jury de l'année suivante. Cette liste sera composée du quart des listes générales, sans pouvoir excéder le nombre de trois cents noms, si ce n'est dans le département de la Seine, où elle sera composée de quinze cents... » et l'article 9 : « Dix jours au moins avant l'ouverture des assises, le premier président de la Cour royale tire au sort, sur la liste transmise par le préfet, trente-six noms qui formeront la liste des jurés pour toute la durée de la session [1]. » Sans doute, ce nouveau système apportait quelque amélioration à la législation antérieure. La liste de service de chaque session n'était plus complétement laissée au choix des préfets, le tirage au sort diminuait l'arbitraire ; elle ne pouvait plus être dressée en vue des affaires qui devaient être soumises aux débats. Mais l'option du pouvoir était encore trop étendue, et faussait l'institution elle-même, en permettant au représentant du gouvernement d'exclure un grand nombre de jurés de la liste générale, et de ne désigner que les noms de ceux qu'il regardait comme dévoués au pouvoir. A cette époque, les délits politiques et les délits de presse étaient soumis au jury ; on comprend dès lors les plaintes que souleva si souvent son organisation, sous le régime constitutionnel, les abus de pouvoir reprochés aux préfets, et les attaques dirigées contre l'institution elle-même.

Une réaction violente se manifestait contre ce mode de formation des listes. L'Assemblée constituante de 1848 fut saisie d'un

[1] Loi du 2 mai 1827, art. 2, 7 et 9.

projet de loi qui, proclamant que tous les citoyens, devenus électeurs par l'adoption du suffrage universel, étaient aptes à être jurés, proposait que la liste de service fût formée par un simple tirage au sort sur la liste électorale. L'assemblée recula devant ce système absolu. Elle comprit que, si le jury ne devait pas être livré à l'arbitraire du pouvoir administratif, il ne pouvait fonctionner qu'avec des hommes capables de remplir leur mission; il était donc indispensable de ne point s'en rapporter au caprice du sort pour la formation de la liste de service. Un décret du 7 août 1848 confia le choix des jurés à une commission cantonale, composée du conseiller général, du juge de paix de chaque canton, et de deux membres du conseil municipal de chaque commune. Ainsi, le jury se trouvait affranchi de l'intervention de l'autorité administrative. Mais cette autorité était remplacée par une commission sans caractère sérieux. Les abus ne tardèrent pas à se produire; la commission cantonale était soumise à des influences de toutes sortes. Souvent, elle omettait de comprendre sur la liste annuelle les hommes les plus capables, qui trouvaient dans des complaisances de localité une grande facilité pour s'exonérer des fonctions de juré. Une nouvelle réforme était nécessaire, et vivement sollicitée par la magistrature.

La loi du 4 juin 1853 chercha à remédier à ces abus, et prenant l'institution elle-même dans son principe, elle en modifia complétement la base. Les lois antérieures avaient considéré le jury comme une sorte de juridiction politique, et avaient admis que tout électeur était juré. Le législateur de 1853 posa en principe que le ministère de juré n'était pas un droit, mais une fonction, et il donna ainsi au jury une force qui lui avait manqué jusqu'à ce moment, et qui peut assurer son avenir dans notre pays. Le rapporteur de la commission au Corps législatif, M. Langlais, dans la séance du 4 mai 1853, s'expliqua nettement à ce sujet: « L'idée qui, jusqu'à ce jour, a le moins prévalu, et cependant la seule vraie qu'on puisse se faire du ministère du juré, c'est que ce ministère est une fonction. Le but du jury, ce n'est pas de faire juger chacun par ses pairs, comme tant de publicistes l'ont écrit, mais de donner une plus grande garantie aux accusés. C'est parce qu'il a paru que les intérêts de ces derniers seraient mieux sauvegardés par cettte magistrature, incessamment renouvelée

dans le sein même du pays, et portant sur son siége une liberté de jugement, et pour ainsi dire une fraîcheur de conscience particulière. qu'on a dessaisi les tribunaux ordinaires. La logique ne conduit donc pas à admettre que tous les électeurs doivent être nécessairement jurés. La mission de participer aux jugements criminels et le droit de voter les lois et impôts, ne dérivent ni de la même source, ni ne supposent les mêmes qualités... Le Corps législatif comprend par quelle série d'idées le gouvernement s'est trouvé conduit à proposer de séparer radicalement le jury du corps électoral dont il a été, jusqu'à nos jours, comme une sorte de satellite. Sous l'empire des anciennes chartes, c'est une réforme qui eût soulevé de vives, d'invincibles oppositions. Mais l'attribution des délits de presse et des délits politiques à d'autres juridictions lève aujourd'hui ces obstacles, et, pour la première fois, le législateur peut, en toute liberté, affranchir ce grand corps judiciaire qu'on appelle le jury, et le replacer sur sa base logique. Le projet de loi le fait nettement et résolûment. Le ministère du juré cesse d'être envisagé comme un droit, pour devenir ce qu'il est dans la réalité et dans la vérité, une simple fonction ; on n'est plus appelé à l'exercer, parce qu'on est en possession du droit de citoyen, mais seulement si l'on est jugé capable et digne de le remplir ; et cette nouveauté d'une haute signification se marque par la suppression de la liste générale. La Commission applaudit à ce principe, qui imprime à la loi le signe d'une œuvre d'émancipation, et, en reportant la justice dans une région supérieure aux agitations, lui rend ses garanties et sa dignité [1]. »

C'est à ce titre surtout que la loi de 1853 doit être appréciée ; et en dehors de ses dispositions de détail, elle peut être regardée comme ayant apporté une salutaire modification aux principes qui avaient régi l'institution du jury. A toutes les époques, dans tous les pays, on a reconnu qu'il fallait que la liste de service fût le résultat d'un choix particulier [2]. Ce choix, objet de luttes

[1] Rapport de M. Langlais, 4 mai 1853, *Moniteur*, Suppl., p. 37 ; Sirey-Devilleneuve, *Lois annotées*, 1853, p. 61.

[2] En Angleterre, les officiers des paroisses, élus par les citoyens, dressent les listes des habitants de la paroisse réunissant les qualités requises pour être jurés. Statut, Georges IV, 22 juin 1825, art. 4 et 14. Le shériff est le principal magistrat de chaque comté ; il est nommé par le roi, sur la

constantes, tomba successivement entre les mains de toutes les opinions victorieuses. Que devenait dès lors le droit politique, l'aptitude à être jurés reconnue à tous les électeurs, lorsque l'exercice de ce prétendu droit dépendait de l'arbitraire, tantôt des directoires de district, tantôt du préfet, et du pouvoir administratif? La loi de 1853 a tranché ces questions. L'aptitude aux fonctions de jurés appartient à tous les Français, sauf les cas d'indignité prévus par la loi, mais à la condition de ne pouvoir être exercée qu'en justifiant d'une capacité suffisante pour en remplir la mission. Ceux-là seuls qui auront cette capacité intellectuelle seront appelés, sans aucune distinction de classe ou de fortune. Mais qui sera juge de cette capacité? Les lois antérieures avaient établi des présomptions résultant de la fortune patrimoniale ou de certaines positions sociales. La loi anglaise, qui n'a jamais regardé le ministère du juré comme un droit politique, a aussi reconnu une présomption de capacité en faveur du propriétaire. L'article 1[er] du statut de Georges IV, qui règle aujourd'hui la formation des listes du jury, s'exprime ainsi : « Tout homme de vingt et un à soixante ans, résidant dans un comté, en Angleterre, qui aura en son propre nom, ou qui possédera par les mains d'autrui dans le comté, dix livres sterling par année au-dessus de toute reprise, en terres ou ténement, *freehold* ou *copyhold*, soit en rentes dues par des terres de cette nature, à perpétuité, ou même seulement pour la vie du possesseur, ou qui aura dans le même comté vingt livres sterling en terres tenues par bail pour vingt et un ans au moins, ou à vie, ou qui tiendra une maison et sera soumis à l'impôt pour les pauvres, ou au droit de maison habitée dans le comté de Middlesex, pour une valeur de trente livres au moins, ou qui occupera une maison ayant au moins quinze fenêtres, sera capable et obligé de servir comme juré dans les Cours civiles ou criminelles, Cours d'assises, de *nisi prius*, d'*oyer and terminer*, de *gaol delivery* pour les procès jugeables dans le comté où il résidera[2]. » Les États-Unis ont à peu près les mêmes règles.

La loi de 1853 a évité d'établir de semblables présomptions.

présentation des douze juges. Mais ses fonctions sont gratuites, annuelles et non révocables, ce qui assure son indépendance.

[1] Statut, Georges IV, 22 juin 1825.

Dans notre siècle, la fortune est souvent loin d'être un critérium certain de la capacité intellectuelle et morale. Notre législateur n'a fixé aucune règle à cet égard. Il a laissé le soin de rechercher cette capacité aux commissions chargées de former la liste annuelle. Ces commissions se composent, dans chaque canton, du juge de paix et des maires de chaque commune. Elles indiquent un nombre de personnes jugées dignes de remplir les fonctions de juré, triple de celui indiqué pour le contingent du canton par l'arrêté de répartition. Les listes ainsi dressées, sont envoyées au chef-lieu de l'arrondissement et soumises à une nouvelle commission composée du sous-préfet et de tous les juges de paix de l'arrondissement, qui forme la liste définitive, en éliminant les deux tiers des noms portés sur les listes préparatoires.

On peut critiquer ces dispositions de détail, regretter que dans les commissions ne soit pas appelé le conseiller général, l'homme du pays, le fonctionnaire électif qui représenterait plus complétement la compétence locale. Des amendements avaient été présentés en ce sens ; ils ont été repoussés par le Conseil d'État [1]. Nous n'avons pas à entrer dans ces appréciations de détail. Ce que nous voulons signaler, ce que personne ne peut méconnaître, c'est la véritable portée de la loi de 1853, ce sont les bases sur lesquelles elle a voulu rétablir le jury, et qui nous paraissent conformes aux véritables principes de cette institution. M. Langlais résumait ainsi son rapport au Corps législatif : « L'institution du jury est bonne ou mauvaise, disait Napoléon dans le Conseil d'État, selon que les jurés sont bien ou mal choisis. C'est en envisageant ce puissant intérêt de la société que votre commission croit à la nécessité de replacer le jury sur sa base, et de l'élever au niveau de cette magistrature française qui porte dans le monde entier le respect de notre pays [2]. »

Disons-le aussi, en terminant cette étude, le jury est une bonne institution, lorsqu'il est sagement organisé ; lorsque les hommes appelés à en faire partie ont tous la capacité intellectuelle suffisante pour apprécier les diverses circonstances d'un fait criminel, et découvrir la vérité au milieu des doutes qui peuvent l'obscurcir; lorsqu'ils ont, en outre, la capacité morale

[1] Rapport de M. Langlais, *Moniteur*, séance du 4 mai 1853.
[2] Rapport de M. Langlais, *Moniteur*, 1853.

nécessaire pour ne vouloir fausser leur verdict par aucun acte d'indulgence ou de faiblesse. Ainsi organisé, le jury prête un véritable appui à la justice du pays; il couvre, dans une certaine mesure, la responsabilité des magistrats, en éloignant tout soupçon de partialité ou de sévérité excessive, et la responsabilité du gouvernement lui-même, en substituant à l'action des magistrats qu'il a nommés, l'action directe des citoyens; il donne, en outre, à l'accusé toutes les garanties désirables pour sa défense. C'est à ce titre qu'il est appelé à se maintenir et à grandir dans notre législation, en même temps qu'à prendre place dans l'organisation judiciaire des autres nations européennes.

AMBROISE BUCHÈRE,
Docteur en droit, substitut à Charleville.

LES STILS

DE VILLEFRANCHE-DE-CONFLENT.

§ 1. — Villefranche et la vigueric de Conflent.

Les grands accidents de la géographie physique ont suffi le plus souvent pour fixer à jamais les limites des peuples établis sur les deux rives d'un fleuve ou sur les versants opposés d'une chaîne de montagnes. Mais on s'exposerait à bien des erreurs, si on voulait appliquer dans tous les cas cette grande loi que les peuples des Pyrénées orientales semblent avoir méconnue.

Une haute chaîne de montagnes sépare ici la France de l'Espagne. Dans sa partie orientale, elle détache de nombreuses ramifications qui forment, au midi, les pays de Cerdagne, de Berga et de Ribes, de Ripoll, de Besalu et d'Empories, tandis que sur le versant nord s'ouvrent, à partir de l'Ariége, les vallées de l'Aude, de l'Agli, de la Tet et du Tech, dont les bassins supérieurs forment les pays de Capcir, de Fonollet, de Conflent et de Vallespir. Enfin, dans la partie maritime ou inférieure des trois derniers cours d'eau, s'étend le pays de Roussillon proprement dit, délimité au nord par l'étang de Leucate, et au sud par le dernier prolongement des Pyrénées, qui prend le nom d'*Albera*.

Pour le Roussillon, le Vallespir et le Conflent, les Pyrénées forment une limite naturelle qui sépare complétement ces pays de ceux du versant opposé, et c'est ce qu'avait compris le premier peuple qui se soit établi assez puissamment dans ces régions pour y organiser une véritable administration. Il paraît, en effet, que sous l'empire romain, le *pays de Ruscino* comprenait les bassins complets du Tech et de la Tet avec la partie inférieure du cours de l'Agli; et cet état de choses, corroboré au sixième siècle par la division ecclésiastique, plus efficace encore, à ce qu'il semble, que la division purement administrative, se maintint sous la domination des Wisigoths et des Arabes. Les Franks, qui vinrent ensuite, atteignirent les Pyrénées dès l'an 759, et, en moins de cinquante ans, chassèrent les musulmans de tout le pays compris entre le Sègre et Barcelone. Les anciennes divisions administratives disparurent alors; les divisions

ecclésiastiques persistèrent seules. Quant au reste, chaque bassin ou pays s'organisa en comtés particuliers dont la formation, amenée quelquefois par les événements politiques, ne peut le plus souvent s'expliquer qu'en admettant que les anciennes populations ne faisaient que reprendre leurs limites premières, en rétablissant un ordre de choses antérieur aux dominations étrangères qui avaient pesé sur ces pays. Nous nous occuperons ici seulement des *comtés* dits *de Roussillon* et *de Cerdagne*, qui ont exercé quelque action sur les versants de l'Agli, de la Tet et du Tech.

A la fin du neuvième siècle, ce qu'on appelait le *pays de Roussillon* comprenait une étroite bande de terre le long de la côte, au sud de l'étang de Leucate, et sous la dépendance d'un *comte* qui siégeait à *Empories*. L'établissement de ce comté purement *maritime* s'explique par le voisinage des musulmans qui occupaient encore la plus grande partie de la Tarraconaise, la Corse et les îles Baléares, d'où leurs pirates faisaient des incursions sur les côtes de la Narbonnaise. Le *comté d'Empories-Roussillon* semble avoir été créé pour surveiller ces corsaires redoutables, et dès l'an 813, Ermengar, comte d'Empories, s'était signalé par une victoire remportée sur une flottille arabe qui venait de ravager la Corse [1]. Mais, avant la fin du dixième siècle, ce comté, déjà si réduit au point de vue territorial, fut partagé entre les deux fils du comte Gausfred, dont l'aîné, Hugues, porta le titre de *comte d'Empories*, tandis que le plus jeune, Guilabert, fut *comte de Roussillon*. Gérard II, le dernier des descendants de Guilabert, légua son comté à Ildefonse, roi d'Aragon, en 1172. Ce petit *comté de Roussillon*, créé sans aucun lien de vasselage connu à l'égard du comté d'Empories dont il avait été détaché, s'était maintenu dans ses anciennes limites jusqu'au dernier jour de son existence, et rien n'indique que ses possesseurs aient jamais songé à les étendre. Loin de là, s'il y a eu quelques modifications à ce sujet, tout démontre qu'elles s'étaient faites au détriment des successeurs de Guilabert et au profit des *comtes de Cerdagne*.

Sous la domination romaine, la côte voisine de Ruscino était occupée par le peuple des *Sordi* ou *Sordones*. Quant à l'in-

[1] Eginhard, *Annal.* ad ann. 813.

térieur du pays, on ne peut y placer d'autre peuple que celui que Strabon signale, sous le nom de *Cerretani*, dans les hautes vallées du Sègre, de la Tet et du Tech ; et ce sont évidemment les mêmes que les *Ceretes* et *Acroceretes* dont les tribus, selon Avienus, s'étendaient le long de la chaîne des Pyrénées jusqu'au voisinage des établissements grecs d'Empories. Toutes les populations cérétanes se groupèrent, au neuvième siècle, sous le gouvernement d'un chef unique, qui, sans tenir compte des limites administratives des Romains ou des circonscriptions ecclésiastiques, ni même des divisions de la géographie physique, semble n'avoir obéi qu'à une loi purement ethnographique, en réunissant en un seul faisceau toutes les tribus d'origine cérétane. Le *comté de Cerdagne*, ainsi constitué, fut un des plus puissants Etats de l'ancienne marche hispanique. En effet, solidement établis dans les hautes régions du Sègre connues encore aujourd'hui sous le nom de Cerdagne, les souverains de ce pays étendaient leur domination, au nord, sur les sources de l'Ariége et sur la vallée supérieure de l'Aude (Capcir); au midi, sur les pays de Berga, de Ribes, de Camprodon et de Besalu ; à l'est, sur les pays de Fonollet, de Conflent et de Vallespir, et, autant qu'on peut en juger, sur toute la partie intérieure de la plaine du Roussillon, de manière à ne laisser aux comtes de ce dernier pays qu'une étroite bande de terre le long de la mer. Tel est, du moins, l'état de choses qu'il est permis de constater dès le commencement du dixième siècle.

Cependant, vers l'an 990, ces vastes possessions se partagèrent en deux comtés entre deux fils du comte Oliba. Le plus jeune, du nom de Bernard, eut le *comté* dit *de Besalu*, avec les pays de Fonollet et de Vallespir, et tout ce que les anciens comtes de Cerdagne avaient occupé dans la plaine du Roussillon. Le comté de Besalu exista jusqu'en 1111, époque où le dernier de ses comtes le légua à Raymond-Bérenger, comte de Barcelone.

Les autres pays de l'ancien comté de Cerdagne, parmi lesquels était compris le Conflent, passèrent au pouvoir de Wifred, fils aîné d'Oliba, qui conserva le titre de *comte de Cerdagne*, et le dernier de ses descendants eut pour héritier le comte de Barcelonne, en 1117.

Les comtes souverains de Barcelone se trouvèrent ainsi, dès l'an 1172, en possession de tous les pays compris dans le diocèse

d'Elne. Alphonse, roi d'Aragon, les transmit à son fils, Pierre II; mais du vivant de celui-ci, dès l'an 1209, le Roussillon était déjà gouverné par son oncle le *comte Sanche*, dont on connaît, d'ailleurs, très-vaguement les attributions. Il en est de même de son fils, Nunyo-Sanche, qui se présente, dès l'an 1217, en qualité de *seigneur des pays de Roussillon, Vallespir, Conflent et Cerdagne*, où il exerça, en effet, tous les droits d'un véritable souverain jusqu'à sa mort, arrivée en 1242. Le roi d'Aragon, Jacques le Conquérant, reprit alors la souveraineté des deux comtés de Roussillon et de Cerdagne; mais, en 1262, il les donna en apanage à l'infant Pierre, son fils aîné, qui se fit prêter serment, et y exerça ses pouvoirs pendant quelque temps. Bientôt le roi, changeant ses premières dispositions, donna la Catalogne et l'Aragon à l'infant Pierre, et réserva les deux comtés de Roussillon et de Cerdagne, avec les îles Baléares et la ville de Montpellier, à Jacques, son fils cadet, qui y exerça son pouvoir, dès l'an 1269, au nom de son père et en qualité d'*héritier* pour cette partie des Etats du roi d'Aragon. Il ne prit le titre de *roi de Majorque* qu'en 1276, à la mort de son père, et il transmit ses pouvoirs, tels qu'il les avait reçus, à son fils Sanche qui mourut en 1324. Celui-ci eut pour successeur son neveu, Jacques, qui fut dépossédé en 1344. Ces trois souverains forment ce qu'on appelle la *dynastie de Majorque*.

D'après ce qui précède, les divisions géographiques du diocèse d'Elne, désignées sous les noms de Roussillon et de Vallespir, ont dû varier souvent dans leur étendue et leur administration, pendant l'intervalle écoulé entre l'an 759 et l'époque de la chute du royaume de Majorque; mais ce petit travail n'ayant d'autre but que de fournir des renseignements historiques sur le livre des *stils* de la cour du viguier de Conflent, qui siégeait à Villefranche à l'époque où ce recueil fut composé, il n'y a à s'occuper ici que du Conflent.

Ce pays, en tant que division géographique, n'a subi pour ainsi dire aucune modification depuis l'an 841 environ, où son nom se montre pour la première fois [1], jusqu'en 1789, car dans tout cet intervalle, il n'y a que la commune de Bouleternère qui en fut séparée par une ordonnance du 3 des ides d'oc-

[1] *Marca hispan.*, appendice, n° 26.

tobre 1309, pour être annexée à la viguerie de Roussillon [1]. Le Conflent a donc compris de tout temps le bassin supérieur de la Tet, depuis les sources de cette rivière jusqu'au passage resserré qui limite le territoire de Rodès. Ce pays a formé une dépendance du *comté de Cerdagne* jusqu'en 1660, et voici ce que nous avons pu recueillir sur son histoire administrative et judiciaire.

Les pouvoirs des comtes de Cerdagne au neuvième siècle, ne diffèrent en rien de ceux qui sont définis dans les formules du recueil de Marculfe [2]. Le Conflent formait sans doute à cette époque une division administrative particulière régie par un représentant du comte de Cerdagne; mais on ignore quel était le lieu de sa résidence, et ses attributions judiciaires ne sont connues que par les actes de quelques plaids tenus en Conflent. Les plaids du Conflent au neuvième siècle se tiennent : au château de Saint-Étienne au-dessus de Clera, en 865; dans l'église de Saint-Saturnin deVernet, en 874; à Ascaro, vers l'an 876; dans l'église d'Astoher, le 31 janvier 879, et dans celle de Clera, le 10 février suivant. Ceux du onzième siècle sont célébrés dans l'église de Sainte-Marie de Cornella en 1019; au monastère de Cuxa, en 1027, et dans le *palais* de Cornella, en 1049 [3]. Il résulte de tous ces faits, que le pouvoir politique ou judiciaire de cette époque n'avait aucun centre fixe dans ce pays, et que les affaires pouvaient se juger en un point quelconque du Conflent, sous la présidence du comte ou de son délégué; et le lieu où se tenait le plaid ne semble choisi, dans tous les cas, que par des considérations relatives aux convenances des parties ou au voisinage de l'objet en litige. Les mêmes errements existent pour leVallespir, soumis aux comtes de Besalu, car nous voyons des plaids présidés par ces comtes : à Castellnou, en 994; dans l'église de Saint-Félix de Pézilla, en 1073, et au monastère d'Arles, en 1090. Cependant, ces comtes avaient une résidence fixe et un chef-lieu juridique reconnu à Besalu, et il n'en est pas de même des comtes de Cerdagne, quoique, dans l'origine et au neuvième siècle, leur résidence fût fixée, selon toute probabilité, dans la ville de Livia. Mais, au dixième siècle, lorsque leur pouvoir fut devenu héréditaire, et que leurs Etats se furent considérablement étendus à l'est et

[1] Arch. comm. de Boulternère, parch. n° 16.

[2] *Formules de Marculfe*, liv. I, n° 8.

[3] *Marca hispan.*, appendice, n° 232.

au sud de la Cerdagne proprement dite, les intérêts politiques, et sans doute aussi le sentiment de leurs convenances personnelles, portèrent ces souverains à quitter les privations et le rude climat de leurs anciens domaines, et les amenèrent dans le Conflent, d'où ils pouvaient facilement surveiller toutes leurs possessions, et où ils étaient à l'abri des courses des Sarrasins, encore redoutables à cette époque. On trouve, d'ailleurs, au milieu du Conflent, la délicieuse vallée de Vernet, qui, par la beauté de son site, l'abondance et la richesse de ses productions et la douceur de son climat, forme encore le séjour le plus recherché des Pyrénées orientales. C'est en ces lieux que les comtes de Cerdagne avaient établi leur résidence ; leurs cendres reposaient dans le voisinage, dans l'antique monastère de Cuxa [1], et leur château, décoré du nom de *palais*, était dans le site charmant du petit village de Cornella. C'est en ce lieu, dans leur propre palais, qu'ils tinrent presque tous leurs plaids, au onzième siècle. Cependant le Conflent n'avait encore aucune capitale, pas plus que le Roussillon à la même époque, et Villefranche ne fut fondée que vers l'an 1095.

Tous les lieux du Conflent étaient soumis à des seigneurs laïques ou ecclésiastiques qui tenaient les populations dans le vasselage par les liens de la terre, la seule source de richesse et de puissance alors connue dans ce pays. Aussi, au lieu de choisir une des populations les plus importantes qui pouvaient exister à cette époque dans le Conflent, le comte Guillem-Raymond fonda une *ville franche*, le 5 des ides d'avril 1095 [2], à l'extrémité

[1] Le tombeau du comte Seniofred, qui mourut l'an 967, existait encore au dernier siècle dans l'église de Cuxa. On voit aussi en 1034 Guillem, comte de Besalu, qui appartenait à cette même famille, léguer son corps à ce monastère. « Lego insuper, dit-il dans son testament, cum *corpore meo* XX « unciæ auri. » (*Marca hispan.*, append., n° 212).

[2] Cette charte, publiée par Baluze (*Marca hispan.*, n° 284), est transcrite dans le cartulaire de Villefranche, f° 2, avec la date *anno XV Philippi* (1075 de Jésus-Christ), qui ne saurait lui convenir ; en effet, il y est dit qu'elle fut donnée *Episcopi Artalli consilio*. Or, le siège d'Elne fut occupé par Raymond Ier, de 1064 à 1086, et Arta II, élu dans le mois de mai 1087, existait encore en 1096. On peut sans difficulté rapporter la charte de Villefranche à l'an 1095, car les personnages qui y sont cités comme témoins sont, un seul excepté, les mêmes que ceux désignés comme exécuteurs testamentaires du comte Guillem-Raymond, dans son testament fait en octobre 1095 (*Marca hispan.*, n° 311). Il faut donc lire : *anno XXXV Philippi*, au lieu de : *anno XV Philippi*.

du territoire de sa villa de Cornella, au confluent des rivières de Vernet et de la Tet. Trois montagnes abruptes, au milieu desquelles ces deux rivières s'ouvrent un passage dangereux, forment en ce lieu un défilé étroit traversé depuis les temps les plus reculés, pour les communications entre la Cerdagne et le Roussillon, et très-important pour la défense militaire du pays. Un tout petit hameau, du nom de Campells, y existait anciennement sur la rive gauche de la Tet, en face du point choisi pour la ville nouvelle; mais la nature même des lieux, et le peu de ressources qu'il offrait à une population agricole, l'avaient empêché de prendre le moindre développement, et la place où devait s'élever la nouvelle fondation ne renfermait sans doute alors d'autre habitation que le bâtiment nécessaire pour la perception du droit de *passage* prélevé de tout temps sur les objets qui traversaient ces lieux. La charte de fondation de Villefranche déclare libres et affranchis de tout lien envers leurs seigneurs les hommes qui viendront s'y établir, et le Conflent eut dès lors un centre administratif et judiciaire dans la nouvelle ville, qui exista pendant plus d'un siècle sans obtenir des priviléges plus étendus.

C'était, certes, un grand bien que la liberté individuelle, surtout à la fin du onzième siècle; mais Villefranche n'offrait aucun des avantages de toute autre ville du Conflent à cette époque. Elle n'avait pas même de territoire; son église était un démembrement et demeura toujours une dépendance de la paroisse de Cornella; et ses habitants, n'ayant aucune autre ressource que le commerce et l'industrie, ne pouvaient vivre et prospérer que par des priviléges. C'est ce que comprirent le fondateur de Villefranche et ses successeurs. Un *forum* ou *marché* hebdomadaire, le seul qui ait existé dans le Conflent, y fut établi en 1095, et, quoiqu'il existât encore en 1196, il ne paraît pas qu'il ait jamais acquis beaucoup d'importance. Le 8 des ides de janvier 1242, Jacques le Conquérant y ajouta la concession de foires qui pouvaient se tenir à la Saint-Martin pendant dix jours, et ce privilége, confirmé en 1270, fut annulé, ou du moins changé en 1302, puisqu'il y eut, à cette époque, la concession d'une foire tenue pendant quinze jours à la Saint-Luc. Cette fondation s'est conservée jusqu'à nos jours.

Les anciens priviléges de Villefranche ne contiennent rien de

relatif à l'industrie locale, sauf une ordonnance des calendes de février 1269, qui prohibe, en dehors du temps des foires, la vente de toute étoffe étrangère, y compris les draps de Narbonne, de Montolieu et de Lérida. Cette prohibition avait sans doute pour but de favoriser la production de Villefranche qui était, en effet, déjà remarquable à cette époque. En somme, la population de cette ville se distingue, dans les actes du treizième siècle, de celle des autres lieux du Conflent, où la classe agricole forme la majorité. Ce qu'on reconnaît ici, après les commerçants, c'est la population industrielle, composée de pareurs de drap, de tanneurs, de tisserands, et surtout cette classe qui formait ailleurs la bourgeoisie, et que nous appellerions aujourd'hui des *rentiers*. Cette classe, qui était, au treizième siècle, plus nombreuse à Villefranche que dans aucun autre lieu du Conflent, se composait de possesseurs de dîmes, de censives, de rentes et revenus féodaux, ou même de seigneuries, dans divers lieux du Conflent, du Capcir, de la Cerdagne et des pays circonvoisins. Enfin, on ne comprendrait guère l'existence d'une population composée de pareils éléments, sans l'intervention de l'agent du commerce et de l'industrie à cette époque, sans l'usurier juif, que l'on retrouve en effet à Villefranche vers la fin du treizième siècle. Le commerce de cette ville obtint des priviléges très-importants par une charte du 15 avril 1388, mais il n'y a pas à s'en occuper ici.

L'histoire des institutions municipales de Villefranche et ces institutions elles-mêmes sont presque entièrement inconnues pendant cette période, et les documents antérieurs au quatorzième siècle nous présentent seulement cette ville comme régie et administrée par les *bons hommes* ou *prud'hommes jurés*, qui se composaient sans doute, ici comme à Perpignan, de la réunion de tous les habitants riches ou pauvres, grands ou petits. On trouve, il est vrai, à la date des calendes de février 1269, une charte de l'infant Jacques, qui a été prise pour la charte même de l'institution du consulat. Il y est dit, en effet : *Item, concedimus vobis ac eciam statuimus quod baiuli dicte ville presentes et futuri, singulis annis eligant duos vel tres probos homines juratos dicte ville qui dicantur et sint Rectores sive Consiliatores dicte ville, et per quos comunes tractatus dicte ville, tam in talliis quam in questiis quam in aliis, expediantur*

ac eciam ordinentur, prout hoc statuimus et eciam ordinavimus in villa Perpiniani[1]. Mais on ne saurait, avec la meilleure volonté du monde, voir dans ces *recteurs* ou *conseillers de ville* rien de ce qui constitua le consulat de Villefranché. Ici, en effet, comme dans la charte de Perpignan, à laquelle se reporte l'infant, il n'est question que d'une Commission spéciale dont les fonctions se bornent à la répartition de certains impôts déterminés. Il ne s'agit donc pas de l'administration générale des affaires de la commune, et ces commissaires répartiteurs, si éloignés du consulat par leurs attributions, le sont bien plus encore par leur origine ; car c'est le bailli, le représentant du roi, qui les choisit, tandis que les consuls de Perpignan, institués en 1197, et ceux de Villefranche connus plus tard, sont toujours élus par les suffrages libres de tous les habitants de la commune. La charte d'institution du consulat de Villefranche demeure donc inconnue, et il est probable qu'il n'y en eut jamais à ce sujet, car on ne comprendrait pas qu'elle eût été omise dans le recueil des priviléges de cette commune fait en 1324, et les consuls de cette ville se trouvent mentionnés pour la première fois dans une charte du 15 des calendes de mai 1300 [2]. Ils étaient au nombre de trois, élus tous les ans par tous les habitants, et la seule modification importante introduite dans la constitution municipale de Villefranche fut opérée en 1362.

Après ces détails historiques sur le chef-lieu du Conflent, il reste à donner quelques renseignements sur l'administration de ce pays et sur les origines de sa *viguerie*. C'est une histoire fort obscure.

On trouve déjà un *vicomte* Eldesind, qui figure en 869 [3], dans un plaid tenu en Conflent, et on pourrait présumer que ce pays avait, dès cette époque, une administration particulière exercée par des vicomtes, au nom des comtes de Cerdagne. Il est vrai que le Conflent eut, au dixième siècle, des *vicomtes* particuliers, dont la résidence semble avoir été fixée au château de Joch. Mais la série de ces dignitaires cesse vers le commencement du onzième siècle, et leurs droits passent dès lors aux *vicomtes*

[1] Cartulaire de Villefranche, f° 8, v°.
[2] Archiv. départem., *fonds du monast. de Canigo*, parchemins.
[3] Baluze, *Capitular.*, append., tit. XCVIII.

particuliers *de Cerdagne*, qui eurent pour successeurs les *vicomtes de Castellbo* au pays d'Urgel. Tous ces vicomtes semblent, d'ailleurs, être restés entièrement étrangers à l'administration du Conflent, pendant la durée de l'ancien comté de Cerdagne. Il n'en fut plus ainsi lorsque ce pays eut été acquis par les comtes de Barcelone, qui ne pouvaient pas gouverner par eux-mêmes tous leur nouveaux domaines. C'est donc à cette époque, vers l'an 1126, qu'il faut rapporter la création d'un *bailli général*, qui gouvernait à la fois pour les comtes de Barcelone, devenus bientôt rois d'Aragon, la Cerdagne, le Conflent, et sans doute aussi le Vallespir avec la partie du Roussillon qui avait dépendu du comté de Besalu. On trouve, en effet dans ces pays, en 1157, un certain Bernard-Guillem, qui prend le titre de *bajulus comitis Barchinone*[1], et celui de *bajulus domini regis*, en 1173[2]. Il n'y avait également qu'un seul *juge* pour tous ces pays, et l'on voit, en 1158[3], assister à la consécration d'une église du Vallespir un certain Bernard de Brulla, qui s'intitule *juge de Cerdagne et de Conflent*. Le bailli général ne fit sans doute que changer son titre de *bailli* en celui de *viguier*, vers la fin du douzième siècle, car cet emploi se trouve occupé en 1191, pour le Conflent et la Cerdagne, par un nommé Girard[4], qui se dit, deux ans après, *vicarius et bajulus domini Ildefonsi*[5]. Enfin, divers documents signalent, en 1217, sous la *seigneurie* de Nunyo-Sanche, un certain Guillaume de Anyort avec le titre de *vicarius Ceritanie et Confluentis*[6]. D'un autre côté, en 1172, lorsque le comté de Roussillon était passé sous la domination d'Alphonse, roi d'Aragon, celui-ci s'était borné à maintenir dans

[1] Archiv. départem., *Cartulaire du Temple*, f° 85.

[2] *Ibid.*, parchemin coté 20 k.

[3] Bernardus de Bruliano, *judex Cerritaniæ et Confluentis* (*Marca hispanica*, append., n° 330).

[4] *Livre vert mineur* de Thuir, f° 1.

[5] Archives de l'hôpital de Perpignan, liasse 2, n° 9.

[6] Archives départementales, *Procuracio real*, reg. 2, f° 109, et Archives communales de Vinça, *Treslat de privilegis*, n° 38. — Dans un acte de 1219, daté de Cornella de Conflent, ce personnage ne prend que le titre de *viguier de Cerdagne* « *G. de Anyor vicarius Ceritanie.* » (Archiv. département., *livre de la Prévôté majeure de Canigo.*) En 1264, au contraire, le 2 des ides d'avril, on ne trouve qu'un *sous-viguier* en Cerdagne, *Raymundus de Soresa subvicharius Ceritanie.* (Ibid., fonds de Canigo, parchemins.)

ce pays l'institution d'un *viguier*, qui y existait déjà dès l'an 1116[1] au moins ; et il ne paraît pas que la juridiction des successeurs de ce *viguier de Roussillon* se soit exercée au delà des anciennes limites de ce comté, sous les règnes d'Alphonse et de son fils. On voit ensuite en Roussillon, sous la domination du comte Sanche et de son fils Nunyo-Sanche, un certain Ferrand de Narvayz, qui prenait, dès l'an 1209, le titre de *bajulus et vicarius domini Sancii comitis*[2], et qui conservait encore ces fonctions en 1233[3]. Cet état de choses persista, selon toute apparence, pendant tout le règne de Jacques le Conquérant[4], et la division définitive des pays du diocèse d'Elne en deux viguéries, autrement dit, la création de la *viguerie* particulière *du Conflent et du Capcir*, ne paraît pas remonter au delà de l'an 1276.

Le premier viguier particulier pour les pays de Conflent et de Capcir est connu par une pièce[5] du 3 des nones de novembre 1277; il était en même temps *bailli de Villefranche*, et tous ses successeurs ont rempli ces deux offices jusqu'en 1789. Cependant, avant 1276, et sans doute depuis sa fondation, Villefranche devait avoir un bailli particulier dont la juridiction s'étendait à la fois sur la ville et sur son territoire. Mais on a vu que cette ville, fondée dans la paroisse de Cornella, n'avait pas de territoire qui lui appartînt en propre. Elle n'avait qu'une banlieue juridique, comprenant une bande de territoire fort restreinte autour de la ville et circonscrite dans des limites ou *dechs* qui sont indiqués comme il suit en l'an 1342 : « De ponte de Gor-« nerio usque ad crucem de Sechdenyano, et ab eadem cruce us-« que ad crucem de Foliano, et a cruce de Foliano usque ad pa-« lancham de Corneliano; de quibus *dechs*, etc. [6]. »Villefranche

[1] Archives de l'hôpital de Perpignan, liasse 1, parch. 1.

[2] Archiv. départem., *Cartulaire du Temple*, f° 218.

[3] *Ibid.*, f° 4.

[4] Cette division administrative du diocèse d'Elne semble bien indiquée, surtout par le passage suivant du contrat de mariage de l'infant Pierre, qui engage pour la dot de son épouse, en 1264 : « Obligamus comitatum Ros-« silionis, *comitatum Ceritanie et Confluentis et Vallispirii*, et comitatum « Bisulduni, etc. » D'Achéry, *Spicilegium*, t. III, p. 645.

[5] « Ramon de Posols, cavaller, vager de Conflent e balle de Vilafrancha per lo alt senyor rey de Mallorca. » Archiv. commun. de Vinça, cartulaire intitulé : *Tresllat de privilegis*.

[6] Archiv. commun. de Vinça (procès de 1352).

dut acquérir ce territoire par le fait même de sa fondation, car on ne trouve à ce sujet aucune concession, ni même aucune mention dans le recueil de ses anciens priviléges; tandis qu'on trouve, à la date du 8 des ides de juillet 1308, une concession de *dechs* analogues, ou extension de territoire judiciaire, en faveur de la ville de Vinça, qui jouissait de tous les priviléges de Villefranche dès l'an 1217 et qui avait toujours eu un territoire propre assez étendu [1].

Mais, en dehors de ces *dechs*, Villefranche était le centre d'un *bailliage* considérable dont l'origine est inconnue. On en trouve une première mention dans une concession du 16 des calendes d'octobre 1264 faite *hominibus Villefranche Confluentis et omnium villarum et locorum ad* BAIULIAM EIUSDEM LOCI *pertinencium* [2]. Dans un document de l'an 1305, on cite aussi diverses *fontaines* situées dans la paroisse de Saint-Vincent d'Arria, *infra districtum tamen de Villafrancha, secundum determinacionem et distinctionem quam discretus Arnaldus Bajuli judex noster* (c'est le roi qui parle) *missus et deputatus a nobis ad dividendum et terminandum terminale et districtum* BAIVLIVI VILLEFRANCHE *a termino et bajuliuo de Arriano*, etc. [3]. L'article 19 des *Stils* semble désigner comme faisant partie de ce *bailliage* les lieux de Cornella, de Fulla, de Sahorre et de la *Sagionie*, c'est-à-dire tous les villages du domaine royal qui entourent Villefranche. Il existe en effet une charte de Martin, roi d'Aragon, qui s'exprime ainsi (à la date du 29 août 1405) : *Fem dels lochs de la Sajonia de Secdenya e de Fulla, e del loch de Cornella, e de cascun dells e de la dita Sajonia, mases e vilars d'aquella, e de les universitats singulars e habitadors daquells, e dels termens, territoris, drets, parroquies, e pertinencies lurs, special membre e carrer de la vila de Vilafrancha et de la universitat daquella* [4]. Par suite de cette décision qui unit tous ces lieux à Villefranche et fit de chacun d'eux un *membre spécial* ou mieux une *rue* de cette ville, tous les habitants de ce bailliage jouirent des priviléges de Villefranche, et cette union était encore en vigueur lorsque le Roussillon fut conquis par la France.

[1] *Ibid., Tresllat de privilegis.*
[2] Cartulaire de Villefranche, f° 5.
[3] Charte du ruisseau de Prades (*Livre rouge de Prades*).
[4] Archives de Perpignan (*Dépôt des anciens notaires*).

§ 2. — Le livre des Stils. — Son caractère.

Le livre des *Stils* de la cour du viguier de Conflent ne présente pas le caractère dogmatique d'un texte de loi positif et définitivement fixé. Dans sa forme actuelle, c'est un véritable rapport adressé au dernier roi de Majorque par une commission ou par un délégué, qui constate les faits et recueille les usages de la cour de Villefranche en matière de procédure et de juridiction. Le rédacteur y insère en outre ses propres réflexions, quelquefois des critiques, car il n'hésite pas à qualifier sévèrement un usage relaté au paragraphe 28: *Quod videtur injustum*, dit-il, *propter inequalitatem, cum in judiciis equalitas debeat observari.* Enfin, il propose ailleurs des changements, et demande certaines améliorations. (Voir notamment les articles 26, 31, 39, etc.). Il expose aussi ses doutes pour quelques cas (§ 37), et donne ses propres interprétations (§ 5 *Racio esse potest*, etc.)

§ 3. — Époque de la composition des Stils.

Ce recueil fut composé sous Jacques II, roi de Majorque, comte de Roussillon et de Cerdagne, dont le règne s'étend de l'an 1324 à l'an 1344, et on y trouve les noms de plusieurs seigneurs de lieux du Conflent, qui sont cités en effet dans divers documents de cette période. Mais il y a deux indications qui permettent de préciser davantage l'époque où le livre des *Stils* fut composé. D'une part, l'article 75 rappelle une criée sur les monnaies qui fut faite à Perpignan le 6 des ides de mars 1334 (correspondant au mois de mars 1335) [1], et l'article 40 nomme, comme seigneur du lieu *dels Horts*, le noble Jean de So, qui ne put succéder que vers l'an 1335 à son père, Bernard de So, vicomte d'Evol. En effet, ce dernier est encore cité comme existant dans un acte du 4 des ides de février 1334 (février 1335), tandis qu'un autre document du 3 des calendes de janvier 1336 le dit déjà décédé [2]. Ls livre des *Stils* n'a donc pu être écrit qu'après l'an 1335 et l'on peut, selon toute probabilité, fixer à l'an 1337 la date de sa composition.

[1] Registre de la *Procuracio real* (Archives départementales).

[2] Parchemins de M. Touron, maire de la Bastide, n° 11 (Pierre Calm, notaire).

On sait qu'en 1334 le roi de Majorque [1] établit les archives dites *de la cour du procureur roÿal et du domaine*, et fit transcrire sur des registres les chartes, titres, pragmatiques, priviléges et autres actes émanés de lui ou de ses prédécesseurs au titre de comtes de Roussillon et de Cerdagne, en faveur des communautés d'habitants ou de particuliers. Vers la même époque, les consuls de Perpignan fondèrent également les archives de la commune, et firent transcrire sur divers registres les ordonnances, provisions, titres et actes quelconques relatifs à l'administration ou à la police de la ville. Le cartulaire catalan des priviléges de la commune de Vinça en Conflent fut exécuté en 1337, et il n'est pas douteux que le *livre des Stils de Villefranche* composé sous le règne de Jacques II de Majorque, ne soit dû à cette même impulsion administrative si favorable au classement et à la conservation des titres des communes et des particuliers.

Ce texte se conserva comme document officiel pour les matières qu'il traitait, et il se maintint par la seule force de la coutume jusqu'à ce qu'il fut sanctionné, en 1371, par une pragmatique du roi Pierre IV, qui en fit, pour ainsi dire, un code d'administration et de juridiction locale dont il ordonna l'exécution rigoureuse pour tous les cas qui y avaient été prévus. On voit, en effet, le texte des *Stils* invoqué et observé par les communes et par les officiers royaux du Conflent dans une infinité de documents du quatorzième et du quinzième siècle. On peut même citer à titre de curiosité historique un fait qui se passa en 1392. A cette époque, le viguier de Conflent, se fondant sur l'article 7 des *Stils*, voulut interdire l'exportation du blé du Conflent aux habitants de la commune de Bouleternère qui dépendait alors de la viguerie de Roussillon. Mais ceux-ci établirent que cette commune, annexée au Roussillon le 3 des ides d'octobre 1309, avait conservé, par l'acte même de cette annexion, tous les priviléges dont elle avait joui autrefois en qualité de commune du Conflent. Diverses ordonnances royales, une entre autres de Martin, roi d'Aragon, en date du 24 décembre 1403, confirmèrent ces prétentions, et il en résulta que cette commune continua de jouir du bénéfice accordé aux lieux du Conflent par l'article 7 des *Stils* rédigé à une époque où Bouleternère était

[1] Henry, *Histoire du Roussillon*, t. I, p. 365.

déjà séparée du Conflent et unie au Roussillon depuis vingt ans au moins [1].

§ 4. — Manuscrit des Stils.

Nous n'avons plus qu'à ajouter quelques mots sur l'histoire du *livre des Stils* et sur le manuscrit qui nous l'a conservé. Ce livre, composé pour l'usage de la cour du viguier de Conflent, avait été déposé dans ses archives, où il s'était conservé sans doute jusqu'à l'époque de la Révolution. Nous ignorons ce qu'il est devenu aujourd'hui, et il paraît que nous n'en possédons plus qu'une partie. En effet, le *livre des Stils*, tel qu'il existait encore au seizième siècle, comprenait, outre le fragment que nous publions, la transcription de divers documents qui avaient servi de base à quelques articles des *Stils*, ou en avaient modifié certaines dispositions. Tels étaient six ordonnances royales mentionnées en divers articles : *Super jurisdicione in prelatis*, § 35; *De privilegio creditorum*, § 67; *De successione impuberum*, § 73; *Super taxa decretorum judicis* § 80; *De salario testium*, § 81; *De termino ad respondendum requisicionibus* § 82; plus, six ou sept priviléges royaux relatifs à la juridiction des lieux d'Eus, d'Anyer, de Toren et Mentet, de Jujols, de Sansa, d'Espira et de Vernet, et quelques priviléges de Villefranche, notamment celui de 1324. Cette indication, qui ressort du texte même des *Stils*, est confirmée par une copie du privilége relatif à la juridiction d'Espira, faite en 1508 d'après le *registre ou livre des Stils de la cour du viguier de Villefranche* [2]. Or, ce document est mentionné dans le paragraphe 57.

Le livre des *Stils* se divise d'ailleurs, par les matières qu'il contient, en deux parties, l'une comprenant les usages applicables à tous les lieux de la viguerie, l'autre traitant de la juridiction de diverses localités, et cette dernière présente beaucoup de lacunes. Ainsi, sans parler du pays de Capcir, annexé à la viguerie de Conflent et dont il est dit un mot seulement au paragraphe 19, on ne trouve absolument rien pour les baronnies de Paracols, de

[1] Archives communales de Bouleternère.

[2] « Prout jacet in quodam libro sive registro postibus cohoperto in arxivo « curie regie Villefranche recondito vocato *Liber Estilorum curie Vicarii « Confluentis et Capsirii*. » (In libro Notularum Michaelis Fabre, notarii, 1608-1609, f° 119.)

Conat et de Mosset, pour les lieux dépendants de la vicomté d'Evol, et pour la ville royale de Vinça. Il serait inutile de rechercher ici les causes de ce silence pour la plupart de ces lieux; mais pour Vinça, cela peut venir de ce que dès l'an 1217 cette ville jouissait de tous les priviléges de Villefranche, dont le principal, au point de vue de la justice, portait que les habitants de cette ville ne pouvaient être jugés ailleurs que chez eux pour les crimes et délits commis sur leur territoire. Cette ville était donc, sous ce rapport, tout à fait indépendante de la cour du viguier, et quoique celui-ci possédât copie de tous les titres relatifs à cette juridiction particulière, on comprend que le *livre des Stils* n'ait pas eu à s'en occuper. Cette lacune, comme les autres, s'explique d'ailleurs par l'origine même et par la destination du manuscrit qui nous a conservé le livre des *Stils*.

Ce manuscrit, qui fait partie des archives communales de Villefranche, est coté AA, n° 1, et se compose de 45 feuilles de parchemin renfermées dans de fortes couvertures de bois reliées d'un cuir brun. Sur chaque couverture se trouvent cloués quatre ornements en cuivre en forme de croix dont le centre est fortement exhaussé, et dont chacun semble affecter la figure du *signum* ordinaire des rois de Majorque. C'est de là que ce manuscrit est encore appelé *Llibre dels quatre claus* (Livre des quatre clous). Il commence ainsi :

Layn de M. CCC. XX. IIIJ. lo mes de febrer, En R. Tolosa, En Jacme Pelicer, En G. Dareteu, cossols de Vilafrancha, ab volontat, e ab requisicio e ab consentiment dels prosomes de la vila, feren transladar los privileges atorgatz a la vila de Vilafrancha e a totz los habitans daquela; losquals privileges son transladatz en aquest libre, e em forma publica meses, etc.

Cette copie de 27 priviléges (de 1095 à 1324) est certifiée conforme par Bernard de Juncet, juge ordinaire de Conflent et de Capcir, et se termine au folio 22. Tout le reste du manuscrit demeurait en blanc, et on en a profité à diverses époques pour y transcrire certains documents plus modernes relatifs à la juridiction de Villefranche. Ainsi on trouve au folio 23 une pièce de 1467, au folio 25 une pièce de 1640, au folio 36 deux pièces de 1633. Tout le reste, depuis le folio 37 jusqu'à la fin, est rempli par une copie du livre des *Stils*, faite après le décès de Pierre IV, c'est-à-dire après l'an 1387, d'après le registre de la cour du viguier,

et destinée sans aucun doute à l'usage de la commune de Villefranche. C'est ce qui explique l'existence des lacunes signalées ci-dessus. On comprend en effet que les consuls et prud'hommes de cette ville, n'ayant en vue que leurs propres intérêts, se soient abstenus de transcrire des pièces et certains développements qui existaient dans le registre du viguier, mais qui n'avaient aucun rapport direct avec leurs attributions ou avec les affaires de leur communauté.

Quoi qu'il en soit, notre livre des *Stils* doit être considéré comme une copie fidèle du manuscrit original de la cour du viguier, jusqu'au paragraphe 76 inclusivement. Toute cette partie, ainsi que la pragmatique de 1371 qui vient immédiatement après, est de la même main, et l'écriture, de la fin du quatorzième siècle ou du commencement du quinzième. Les six articles suivants peuvent aussi provenir du même copiste, bien que les formes de l'écriture soient un peu plus développées. Il n'en est pas de même des deux derniers articles inscrits sous les rubriques *b* et *a*. Ils sont d'une main et d'une encre tout à fait différentes et leur transcription se rapporte sans difficulté, d'après les formes de l'écriture, à la fin du quinzième siècle.

Dans tous les cas, il n'y a pas un de ces articles qui n'ait pu appartenir au recueil de l'an 1337, et la disposition singulière que revêt notre livre des *Stils* dans sa dernière partie, ne fait que confirmer nos conjectures sur la composition de cet extrait. Car il semble que les consuls de Villefranche se bornèrent d'abord à copier dans le manuscrit du viguier tout ce qui pouvait avoir quelque intérêt pour la commune, en terminant le tout par la pragmatique royale qui le sanctionnait ; plus tard on put compléter ce recueil par de nouveaux extraits puisés dans le même manuscrit et qui avaient été négligés lors de la première transcription.

Nous publions le texte tel qu'il est dans le manuscrit; nous nous sommes borné à donner un numéro à chaque article.

Hoc est translatum bene et fideliter sumptum a quodam libro reperto in curia regia Villefranche Confluentis, qui quidem liber vocatur Stillorum. In quo quidem libro quedam capitula stilli seu observancie contineri videntur, confirmata seu autorizata per

yllustrem Dominum Petrum Aragonum regem condam memorie recolende quadam sua patenti pragmatica sanccione. Quorum series de verbo ad verbum noscitur esse talis.

I. *De literis mandatorum seu faticharum in aliena jurisdicione.*

In primis utitur curia regia Villefranche et uti hactenus consuevit, quod Vicarius et Judex Confluentis mandant et mandare consueverunt eorum subjectis Vicarie Confluentis et Capcirii cujuscumque condicionis existant, in literis suis mandatorum et faticharum et aliarum exequcionum, tam prelatis quam nobilibus et aliis quibuscumque infra dictam Vicariam jurisdicionem exercentibus, eciam in casibus ubi dictis officialibus mandetur per literas per Dominum nostrum Regem vel ejus locumtenentem vel alios officiales vel comissarios dicti Domini Regis, ut debeant requirere suos subjectos jurisdicionem habentes infra Vicariam Confluentis pro aliquo casu. Non autem requirunt nec consueverunt eosdem requirere. Et hoc fit in signum maioritatis, nam mandatum vendicat sibi locum in subjectis, requisicio autem inter pares vel alteros aliene jurisdicionis.

II. *De firmando jure super difidamentis militum.*

Item utitur curia predicta quod si miles vel generosa persona diffidatus vel diffidata per aliquem generosum firmet jus in posse curie regis predicte de stando juri et judicato solvendo pro peticione seu demanda quam pars diffidans movere intendit contra partem diffidatam, quod dicta curia recipit dictam firmam et ponit dictum diffidatum sub pace et treuga. Et Vicarius scribit diffidanti per suas literas significando eidem dictam firmam et quod non noceat diffidato : quod si faceret, emendaret dampnum datum dicto diffidato juxta constitucionem (*a*) pacis et treuge que est scripta et ab antiquo reperta in curia suppradicta, que est laudata per milites Confluentis et Rosilionis condam. Et dictus Vicarius consuevit facere preconizari publice generaliter per loca sue vicarie quod, si aliquis videret aliquem vel aliquos dampnum inferentes diffidato vel bonis suis, quod defenderent illum et ejus bona et dampnificantes caperent et captos ducerent ad curiam suppradictam, et predam, si quam secum ducerent, aufferrent eisdem.

III. *Jurisdicio curie inter dominos et eorum universitates.*

Item utitur curia predicta quod ipsa curia seu ejus officiales consueverunt cognoscere, quandocumque eis requisitum extiterit per unam partem, de contrastibus diversorum dominorum jurisdicionem habencium infra dictam Vicariam, et de contrastibus seu causis sive litibus diverssarum universitatum diverssorum dominorum, necnon de dividendis terminis diverssorum dominorum : cum hoc tamen moderamine, quod si in talibus terminis seu finibus jus regium tangatur, in illo casu (super terminis dividendis[1]) officiales regii non se consueverunt intromittere sine speciali comissione regie magestatis vel sui locumtenentis.

IV. *Curia regia restituit animalia deperdita.*

Item utitur curia jamdicta, licet aliqui contradicant, quod quando scit quod bestiaria deperdita reperiuntur infra Vicariam predictam per homines cujuscumque condicionis existant, facit illa venire ipsi curie, et officiales ejusdem consueverunt ordinare super illis bestiariis restituendis illis personis quibus pertinent. Et idem est fieri consuetum et in contradictorio judicio obtentum est, de falconibus et aliis avibus venacionis amissis per quemquam repertis infra dictam Vicariam. Nam melius est quod curia regia faciat restitucionem de talibus in qua publice talia manifestantur, quàm curie private dicte Vicarie.

V. *Curia regia punit omnes delinquentes in publicis itineribus.*

Item utitur curia regia predicta, licet quandoque per aliquos dominos fuerit contradictum, quod punit delinquentes in itineribus publicis, quamvis illa itinera sint infra territoria dominorum jurisdicionem habencium (*b*). Racio esse potest quod de talibus itinerantibus, maxime extraneis, aliquis dominus non potest ita bene facere jus quemadmodum curia regia sepedicta ; publice enim est utile tute per itinera comeare.

VI. *De precio imponendo carnibus et de pena carnificum.*

Item utitur curia jamdicta quod macellarii seu carnifices do-

[1] Trois mots écrits en marge *eddem manu*.

minorum terre Confluentis jurisdicionem exercencium debent et consueverunt illa pondera tenere super carnibus vendendis que per curiam regiam ad hoc ordinata existunt, et ad illud precium dicti macellarii libram dictarum carnium vendere habent quod per curiam Villefranche ordinatum est in dicta villa. Quod quidem precium ipsi Domini non possunt crescere vel minuere, licet penas impositas contra macellarios non justo pondere carnes vendentes exhigere consueverunt domini sub quorum jurisdicione dicti macellarii existunt.

VII. *Prohibicio revendendi bladum in Vicaria.*

Item utitur dicta curia regia sola et non altera quod facit prohibiciones et preconizaciones (*c*) de non emendo bladum causa revendendi vel de non abstrahendo blado de Vicaria Confluentis sub certa pena quam curia predicta levare consuevit, et non altera curia dicte Vicarie de suo subjecto; nec aliquis alius Dominus quantamcumque habeat jurisdicionem est ausus dare licenciam de emendo blado causa revendendi, nisi solum curia regia que consuevit concedere talem licenciam. Et est racio quod, si contrarium fieret, plures fraudes comitterentur. Et quando curia regia dat licenciam ex causa, tunc scribitur in libro dicte curie. Et non potest talis habens talem licenciam illud vendere sine licencia dicte curie. Et quando necessitas rey publice yminet, facit vendere dictum bladum curia suppradicta.

VIII. *Prohibiciones piscandi et venandi et pena offendencium.*

Item contendit curia regia, licet per aliquem fuerit contra ipsam obtentum, quod quando Vicarius regius facit preconizacionem generalem de non capiendo perdices tempore estatis, vel de non piscando turtures sive truites tempore yemis : videlicet dictas perdices de festo Pasche usque ad festum sancti Michaelis, et dictas turtures sive truites de festo sancti Michaelis usque ad festum Pasce, quod est consuetum singulis annis preconizari per dictam curiam sub pena. LX^s^. solidorum, quam contrafaciens in dictam penam incidens tenetur solvere illam [1] curie predicte et non alteri. Et hoc ista racione, quia solus Princeps talem prohibicionem potest facere, non autem alii domini habentes juris-

[1] *Illam*, en interligne.

dicionem infra Vicariam suppradictam : nam piscari pisces et venari aves non prohibetur de jure; quare talis preconizacio non debet extendi ad ipsos dominos set solum ad Principem qui suppra jus potest.

IX. *Pena frangentis rivos.*

Et idem videtur dicendum et curia contendit, quod pena imposita per Principem seu ejus Vicarium contra rumpentes aliquem rechum constructum et transeuntem per diversa territoria diverssorum dominorum jurisdicionem habencium, solum pertineat dicto domino Regi et non alteri; maxime cum talis rechus est domini regis, sicut est rechus de Thoyrio (*d*), vel similis, vel ubi sit aqua emptâ ab ipso domino rege vel suis procuratoribus; et quod in hoc casu sufficeret generalis preconizacio Vicarii que significaretur illis dominis per quorum territoria talis rechus esset situs, ut inde aqua transsiret.

X. *Jurisdicio curie in extraneis officialibus.*

Item utitur curia quod punit frangentes appellaciones regias cum non admittuntur per habentes jurisdicionem, ubicumque tales appellaciones emisse fuerint per privatas personas. Et nichilominus punit et punire consuevit delinquentes contra jus regium, vel jurisdicionem regiam usurpantes.

XI. *De receptatoribus bannitorum.*

Item inquirit et cognoscit contra receptores bannitorum per curiam regiam pro maleficiis denunciatis contra illos, et ubicumque tales receptores fuerint reperti, et sub cujuscumque jurisdicione infra dictam Vicariam.

XII. *Si per aliquos dominos delati remissio petatur.*

Item utitur curia quod, si remissio petatur fieri per aliquem dominum habentem jurisdicionem infra dictam Vicariam de aliquo delinquente infra jurisdicionem suam, et dicte remissioni contradicatur per curiam regiam vel per illum qui petit sibi remitti; quod in illo casu, pendente cognicione remissionis, talis criminosus delatus debet stare in posse curie regie, si qualitas

criminis hoc requirat, alias potest dari ad recredendum. Et si videatur curie regie seu ejus officialibus, quod talis remissio pro malicia petatur fieri, quod curia suppradicta poterit petere quod ante fiat sibi summaria informacio de delicto pro quo petitur dicta remissio fieri; et in hoc jura non contradicunt, juxta plurimorum opinionem.

XIII. *Qualiter sagiones curie in locis alienis debita exequntur.*

Item utitur curia, et ita extitit declaratum, quod sagiones regii intrantes infra jurisdiciones nobilium vel prelatorum vel aliorum dominorum jurisdicionem habencium infra dictam Vicariam, debent et consueverunt portare literas mandatorum vel exequcionum que fieri habeant per dictos sagiones de mandato Vicarii Confluentis vel judicis ejusdem. Hoc tamen non fit nec fieri consuevit de debitis phiscalibus vel penis curie predicte pertinentibus racione obligacionis seu injunctionis tercii facte per privatas personas sub injunctione curie regie vel aliis penis dicte curie pertinentibus; in hiis enim casibus dicti sagiones consueverunt facere exequciones suas sine literis Vicarii, vel alterius officialium curie sepedicte.

XIV. *Qualiter inquirit curia in aliena jurisdicione.*

Item utitur curia regia faciendo inquisiciones in locis prelatorum et nobilium et aliorum dominorum infra Vicariam predictam jurisdicionem habencium contra delinquentes contra jus regium, quamquam quandoque per aliquos fuerit contradictum. Et nichilominus scriptores dicte curie consueverunt recipere testes in predictis locis de causis seu litibus que ducuntur in dicta curia inter partes, vel eciam de comissionibus eisdem scriptoribus factis per judices regios.

XV. *Forma ordinaria procedendi in litibus et causis curie.*

Item utitur curia in causis tenendis infra dictam curiam, quod primo libellus offeritur si petatur; deinde terminus potissime peremptorius parti ree ad proponendum excepciones dilatorias vel declinatorias, si quas proponere velit, assignatur; deinde eis contestatur; postmodum dantur duo dilaciones actori ad propo-

nendum de jure suo, nam libellum tenet locum alterius, et reo dantur tres dilaciones ad proponendum : et ipsis datis dicto reo, parti agenti datur unica dilacio ad replicandum, si tamen petatur et judici danda videatur, et per consequens parti alteri alia ad duplicandum ; et si petatur per partes, respondetur posicionibus hinc inde oblatis per juramentum calumpnie. Deinde datur parti cuilibet una dilacio ad articulandum, et inde[1] utrique parti tres dilaciones ad probandum ; et productis testibus, conceditur utrique parti unica dilacio ad obiciendum (*sic*), et altera ad probandum objectiones. Quarta autem dilacio ad probandum non datur, nisi cum solempnitate legali. Rurssus devenitur ad producendum instrumenta et alia genera scripturarum, demum ad renunciandum et concludendum, et pustremo (*sic*) ad pronunciandum seu ad sentenciam proferendum. Verum si dilacio petatur pro testibus producendis infra Vicariam in causis, conceditur arbitrio judicis, et idem si extramarina (*e*) dilacio petatur ; poterit tamen exhigi juramentum a parte petente et obligacio per illam fieri sub certa pena, ne per fraudem et diffugium talis longinca dilacio petatur : que si petatur maliciose appareat, exhigatur.

XVI. *De feriis concedendis ob necessitatem hominum.*

Item, utitur curia quod bis in anno concedit ferias, scilicet propter messes, et hoc de vigilia Beati Johannis junii usque in crastinum festi sancti Jacobi vel diey sequentis ; et propter vindemias, de festo sancti Michaelis septembris usque in crastinum Beati Luce (*f*) vel circa ; et hoc, exceptis causis criminalibus et literis regiis supplicacionum, in quibus proceditur tempore feriato, et exceptis aliis causis que de jure non debent habere ferias. Tamen in dictis feriis messium et vindemiarum querimonie sine scriptis nunciantur et retroquerimonie exponuntur.

XVII. *De feriis ob reverenciam Sanctorum.*

Item ulterius conceduntur ferie bis in anno ob reverenciam festi Natalis Domini et Pasche, videlicet pro quolibet festo conceduntur XV. dies.

[1] *Inde* en interligne.

XVIII. *De diversitate dietarum in curia tenendarum inter quoscumque litigantes.*

Item utitur curia quod militares persone et generosi et prelati consueverunt causidicare in dicta curia de VIII. in VIII. diebus (*g*), et alie persone non militares de tribus in tribus diebus, et hoc nisi Dominus Rex vel suus Locumtenens per suas literas scribat officialibus sue curie quod sine lite et strepitu et figura procedatur in dictis causis; tunc enim consueverunt prelati et generosi placitare seu causidicare de tribus in tribus diebus, et ceteris consuevit abreviari terminus ad cognicionem judicis dicte curie. In causis vero criminalibus, generosi et milites de tribus in tribus diebus causidicare in dicta curia consueverunt : set tamen de novo aliqui contradicunt.

XIX. *De justicia extraneis solvenda in prima querimonia.*

Item utitur curia quod gentes extranee que inveniuntur infra Villamfrancham, si aliquis conqueratur de eis de aliqua peccunie quantitate, quod in prima querimonia solvant justiciam et terciam partem debiti curie, quamvis debitum confiteantur vel petant libellum; et hoc, nisi fecerint se guidare ante dictam querimoniam per aliquem dicte ville, nam guidaticum excusat ipsos quod non possint conveniri ibidem. Et hoc verum est, nisi fuerit preconizatum ante quod nullus debeat talem debitorem guidare. Excipiuntur tamen homines Segionie (*h*) et de Corneliano, de Saorra et de Fuliano, de Eucio, et homines Castlenie Podii Baladosii : de istis enim non potest fieri querimonia infra Villamfrancham, nec conveniuntur ibidem.

XX. *Cause quibus non fit querimonia.*

Item provisiones mulierum et gencium et similia per officium judicis explicari et cognosci consueverunt, et non per formam querimonie.

XXI. *Perempta prima instancia iterum non solvitur justicia.*

Item utitur curia quod si per lapssum triennii causa finita fuerit et processus eciam anullatus per judicem, dum tamen lis

fuerit contestata in illa, vult ipsa curia habere tercium pro justicia a parte agente. Verumptamen, si iterum pars agens conveniat partem ream per aliam justiciam, non habet inde justiciam aliam.

XXII. *Expense litium in curia non solvuntur.*

Item utitur curia quod in causis que ducuntur in dicta curia victus victori non condempnatur in expensis, quantumcumque durent, et hoc sive sit juratum de calumpnia per partes vel non juratum. Et hoc est verum nisi racione contumacie expense debeantur, nam in illo casu, si litigantes sint de Villafrancha, persona contumax solvit parti comparenti XII. denarios, et si sint extra dictam Villamfrancham XVIII. denarios ; et tales expense consueverunt quandoque ex causa moderari per judicem curie suppradicte.

XXIII. *Libellus non offertur in parvis causis.*

Item utitur curia quod de causis sive questionibus quantitas quarum non excedit ultra. XX. solidos, non consuevit offerri libellus nec admitti, licet petatur; ymo tales questiones sine scriptis consueverunt terminari. Si vero quantitas petita excedat quantitatem vel summam XX. solidorum, tunc temporis consuevit offerri libellus, si tamen petatur, et aliter non : ymo proceditur sine scriptis ut plerumque, nisi judex ex officio ordinet quod inde fiat scriptura.

XXIV. *A quibus justicia non persolvitur.*

Item utitur curia quod de tutoribus et curatoribus qui justam habent ignorancie causam non exigit ipsa curia justiciam, nisi per maliciam debita negaverint que per pupillos debentur nomine hereditario patrum eorum ; tunc enim, quando apparet de malicia dictorum tutorum vel curatorum, ipsi eandem justiciam de suo proprio solvere sunt astricti. Et idem videtur dicendum de heredibus qui justam habent ignoranciam, qui certificari non possunt per instrumenta vel aliter legitime.

XXV. *Injuste conquerens solvit justiciam.*

Item utitur curia quod si extranea persona conveniatur infra

Villamfrancham per aliquem dicti loci vel per aliquem extra dictum locum de aliqua peccunie quantitate vel aliqua alia re, et persona conventa opponat excepcionem declinatoriam judici, videlicet quod fuerit in aliqua curia preventa, et hoc probet, quod curia vult habere justiciam de quantitate a dicta parte conquerente, licet lis non fuerit contestata.

XXVI. *De justicia ab extraneis persolvenda.*

Item utitur curia quod si aliqua bona alicujus debitoris reperiantur infra Villamfrancham, quod curia admittit querimoniam de illo cujus sunt illa bona, licet non sit repertus infra Villamfrancham. Si aliquis conqueratur de illo debitore et facta querimonia et emparatis dictis bonis, pro illa citatur dictus debitor qui habet illa bona ; quo citato et comparente, quamvis concedat dictum debitum fore verum, nichilominus curia predicta vult habere ab illo tercium quantitatis petite pro justicia dicte curie pertinente : quod videtur injustum ex quo debitum confiteatur fore verum, et ita, ut dicitur, fuit declaratum in curia Bajuli Perpiniani in casu simili.

XXVII. *De exequcione contra extraneos farguerios facienda.*

Item utitur curia quod si aliquis ferracerius qui non sit de terra Domini nostri regis Maioricarum fuerit obligatus alicui de terra dicti [1] Domini nostri [2] Regis in peccunia vel in rebus, moretur in aliqua molina ferrea extra dictam terram, quod curia predicta, ad requisicionem creditorum vel creditoris cui seu quibus talis ferracerius fuerit obligatus, consuevit facere preconizari publice quod nullus traginerius sit ausus portare menam ferream ad molinam in qua dictus debitor ferracerius moratur, sub pena certa quam a contrafacientibus dicta curia consuevit exhigere et habere. Verumptamen, si ille ferracerius qui debet dictum debitum, vel aliquis alius comparens in dicta curia pro dicto ferracerio, vellit solvere dictum debitum vel cavere ydonee de stando juri in posse dicte curie et judicato solvendo pro debito petito, tunc consuevit dicta pena relevari contra dictos traginerios imposita ut est dictum.

[1-2] *Dicti... nostri* en interligne.

XXVIII. *De injunctionibus et mandatis curie sub pena tercii, et de eorum exequcione.*

Item utitur curia quod si aliquis debitor recipiat injunctionem et mandatum a curialibus dicte curie de solvenda certa peccunie quantitate suo creditori et hoc sub pena tercii dicte quantitatis certa die, quod talis injunctio (*sic*) seu mandatum consuevit scriberescriptor dicte curie in libris ipsius[1] curie. Et dicta injunctione facta, lapsaque die solucionis dicti debiti seu quantitatis dicta, pena non comittitur, nisi primitus dictus creditor dicte curie requisiverit quod ejus debitor compellatur ad solvendum sibi dictam peccunie quantitatem; tunc enim[2] de quantitate peccunie tanta quanta fuerit per dictum creditorem denunciata et non ultra, et de tercia parte quantitatis denunciate dicte curie pertinente consuevit fieri per dictam curiam exequcio contra dictum debitorem et ejus bona ut de re judicata, nisi per partem contra quam fit exequcio justum aliquid allegaretur. Quod si fieret, faceret judex justicie complementum, et vocantur injunctiones ea racione. Quare curiales non consueverunt permittere obligare faciliter nec debent aliquos sub tali injunctione in posse dicte curie, nisi de debitis de quibus extitit litigium ductum, et que essent bene clara et indubitata et sine omni barata (*i*) : nam si indiferenter tales obligaciones in curia reciperentur, plures fraudes et malicie comitterentur, cum in[3] eis fiat exequcio ut de re judicata et in judicio confessata. Verum est tamen quod scriptores dicte curie, ab aliquo tempore citra, contendunt quod ipsi possunt recipere indiferenter quascumque obligaciones que per aliquos creditores in posse dicte curie fieri ab eorum debitoribus postulentur. Utitur tamen quod denuncians dictam penam tercii, quamvis injuste denunciet, non patitur aliquam penam; quod videtur injustum propter inequalitatem, cum in judiciis equalitas debeat observari.

XXIX. *De salario officialium contrastus decidencium extra villam.*

Item utitur curia predicta ab antiquo quod, cum Vicarius et

[1] *Ipsius* en interligne.
[2] *Enim* en interligne.
[3] *In* en interligne.

judex cum eorum scriptore ad requisicionem parcium vel alterius partis quandocumque vadunt infra Vicariam Confluentis pro contrastibus decidendis, vel finibus determinandis, quod consueverunt habere a partibus pro expensis eorum et animalium que ducunt, videlicet, dictus Vicarius XII. solidos et VI. denarios, et judex totidem, et scriptor VII. solidos et VI. denarios, et duo sagiones, videlicet quilibet eorum, decem denarios, et pro leuca ulterius quilibet[1] IIII. denarios. Verumptamen, si dicti curiales in uno territorio vel diversis territoriis ex eorum officio terminent in una die diversos contrastus, sive sint inter diversas partes sive inter dictas partes, non est ordinatum quid amplius uno salario predicto debeant habere; quare placeat domino nostro regi ut super hoc debeat ordinare *et taliter providere*[2] quod in posterum per aliquos officiales super hiis malicie seu exactiones indebite non possint comitti.

XXX. *Salarium scriptoris circa literas justicie.*

Item utitur curia predicta quod scriptor dicte curie consuevit habere pro literis justicie et aliis quibuslibet emanantibus a dicta curia IIII. denarios tantum, et pro literis regiis registrandis in libro dicte curie XII. denarios, et pro registrandis literis Locumtenentis regis VI. denarios, et de aliis literis registrandis judicum appellacionum Domini regis vel comissariorum ejusdem Domini regis IIII. denarios.

XXXI. *Salarium scriptoris circa ordinaciones et distribuciones.*

De inventariis vero quantum debeat habere et recipere dicta curia vel scriptor ejusdem, non est determinatum; nec eciam de sentenciis et injunctionibus vel aliis scripturis quas dictus scriptor quandoque ad requisicionem parcium reducit in formam publicam, non est certa forma in dicta curia ordinata; Ymo recipit dictus scriptor et recipere consuevit de talibus ad ejus arbitrium. Quare placeat domino nostro regi quod[3] faciat super istis certam taxacionem imponi. Necnon debeat ordinare quid

[1] *Quilibet* en interligne.
[2] *Et taliter providere* en interligne.
[3] Le manuscrit porte *quid* au lieu de *quod*.

seu quantum judex et scriptor habere debeat de distribucionibus bonorum faciendis, videlicet in illis casibus quando aliqui debitores cedunt bonis suis, et talia bona per officium judicis et sine querimonia, vocatis creditoribus universis dictorum debitorum et visis eorum instrumentis, distribuuntur per curatores per curiam talibus bonis datos, vel si debeant circa talia laborare ita quod inde nichil habere debeant, Domino nostro regi placeat ordinare; nam in curia predicta nichil recipitur et in aliis curiis regiis recipitur de distribucionibus supradictis. Scriptor vero in dicta curia consuevit recipere juxta suam bonam conscienciam.

XXXII. *De salario scriptoris in copia processus.*

Item utitur curia quod habet de actis causarum que ducuntur in dicta curia in scriptis, pro folio quolibet papiri scripto de qualibet parte in quo sunt IIII. lenche, duos solidos; et debent esse in qualibet pagina sive folio XX. linee, prout comuniter visum est, vel. XIX. linee vel circa.

XXXIII. *De eodem salario.*

Item utitur curia quod si aliquis processus fiat super aliqua causa et super illa recipiantur testes vel alias procedatur in illa causa per partes, quod si partes nolent copiam de actitatis in dicta causa, quod nichil consueverunt solvere pro scripturis talis processus ipse partes, sive ipse scripture sint pro actis sive pro testibus recipiendis. Nec eciam recipi consuevit aliquid pro firmis captorum qui dantur ad recredendum per dictam curiam. Verumptamen, si ad requisicionem dictarum parcium vel alterius earumdem parcium dictus scriptor iret extra dictam Villamfrancham pro recipiendis testibus, in illo casu[1] pars illum requirens consuevit solvere dicto scriptori ejus salarium, quod est, si vadat sine animali V. solidos, et cum animali VII. solidos et VI. denarios pro unaquaque die; et quod dictus scriptor provideat sibi in suis necessitatibus et dicti animalis, ipsa die vel diebus.

XXXIV. *Privillegium hominum regiorum circa forum.*

Item est consuetudo generalis in ipsa curia quod nulla curia

[1] *In illo casu* en interligne.

prelatorum, nobilium, vel aliorum dominorum jurisdicionem habencium infra dictam terram Confluentis, utitur vel uti consuevit jurisdicione civili vel criminali in hominibus regiis locorum regiorum ubicumque contrahentibus vel delinquentibus[2] infra dictam Vicariam; set solum curia regia Vicarie Confluentis utitur jurisdicione in illis, non obstante aliquo privillegio quod habeantgenerale, in quo eciam homines regii non sint exempti.

XXXV. *Jurisdicio curie in Prelatis.*

Item curia regia uti consueverat distringere prelatos et religiosas personas temporalitatem habentes et eorum bona, pro debitis in quibus erant personaliter vel aliquis eorum procurator pro eis aliquibus creditoribus obligati. A quo quidem usu cessatum extitit per dictam curiam ab aliquo tempore citra, ex ordinacione domini nostri regis qui nunc est, licet non scripta habeatur in dicta curia.

XXXVI. *De scructinio pro bannitis faciendo.*

Item dicta curia usa est facere scructinium in monasteriis prelatorum Vicarie Confluentis, licet quandoque fuerit dicte curie contradictum, pro inquirendo et sciendo si in dictis monasteriis sustinerentur aliqui banniti seu malefactores per aliquos de dictis monasteriis.

XXXVII. *De sallario carcellarii, et a quibus non persolvitur.*

Item utitur curia regia quod scarcellarius seu comenteriensis dicte curie consuevit recipere pro scarcellagio, pro quolibet capto qui ingrediatur scarcellariam dicte curie, quatuor denarios; dum tamen dicti capti non sint homines Villefranche qui sunt privillegiati de non solvendo scarcellagio (*j*), nisi culpabiles reperiantur pro comissis per ipsos. Verum est tamen quod est aliquod dubium utrum dicti homines Villefranche sint ymunes vel non de scarcellagio, quando aliqui capiuntur pro debitis fiscalibus de mandato regiorum procuratorum : in quo casu scarcellarius curie contendit habere scarcellagium a talibus hominibus, licet

[1] *Vel delinquentibus* en interligne.

pro parte consulum Villefranche contrarium asseratur. Quod dubium placeat domino nostro regi terminare.

XXXVIII. *Non fit querimonia in solucione censsus.*

Item utitur curia quod censsus denariorum illarum personarum que habent directum dominium infraVillamfrancham compelluntur seu distringuntur per dictam curiam sine querimonia, et censsus eciam quarumdam ecclesiasticarum personarum, licet directum dominium non habencium : et hoc fiat ex consuetudine colligendi tales censsus sine querimonia.

XXXIX. *Justicia per consules non solvitur.*

Item utitur curia quod si consules Villefranche debeant aliquam peccunie quantitatem alicui creditori, vel sint alicui vel aliquibus racione eorum consulatus aliqualiter obligati, quod compelluntur sine querimonia et justicia; licet[1] contendatur per dictam curiam quod debet habere justiciam a dictis consulibus si subcumberent in aliqua causa ordinaria que duceretur sub examine dicte curie : quod non est decisum vel determinatum, utrum in hoc casu debeat justicia persolvi vel non; quod placeat Domino nostro regi terminare.

XL. *Jurisdicio in loco de Ortis.*

Item utitur curia regia quod sagiones ejusdem sine fatigua pro querimoniis exponendis intrare consueverunt ad locum de Ortis nobilis Johannis de Sono, et quod, in prima querimonia per dictos sagiones *seu sagionem*[2] exposita aliquibus hominibus dicti loci, intervenit tercia pars peccunie pro justicia pertinens dicte curie de quantitate peccunie de qua fuerit exposita querimonia suppradicta ad instanciam alicujus creditoris personis singularibus dicti loci. In quo quidem loco dictus nobilis utitur simplici jurisdicione civili, et habet bajulum et judicem in ipso loco; curia vero regia habet altam et bassam jurisdicionem et merum etmixtum imperium in dicto loco, et hoste et cavalcata utitur in eodem.

[1] *Licet* en interligne.
[2] *Seu sagionem* en interligne.

XLI. *Locus de Billeraco.*

Item dicta curia utitur jurisdicione civili et criminali in loco de Billeraco venerabilis Gaucerandi de Invidio domicelli, et hostem et cavalcatam habet in gentibus dicti loci. Verum est tamen quod dictus Gaucerandus tenet ibi bajulum qui exponit ibi querimonias dicti loci gentibus, si aliquis conqueratur de illis in posse ejusdem bajuli.

XLII. *Locus de Marcivolo.*

Item dicta curia utitur jurisdicione civili et criminali in loco de Marcivolo qui est inter Priorem de Marcivolo et venerabilem Poncium de Insula militem, et habet nichilominus in hominibus dicti loci dicta curia hostem et cavalvatam. Domini vero dicti loci utuntur dumtaxat in hominibus dicti loci simplici jurisdicione civili pro emparis quas faciunt ipsis hominibus, vel de querimoniis que exponuntur per aliquos creditores bajulis ipsorum dominorum aliquibus gentibus dicti loci. Et pro illa simplici jurisdicione consueverunt habere judicem ibidem : non autem consueverunt ibidem merum vel mixtum imperium exercere, vel tutellas dare, vel similes actus exercere.

XLIII. *De Rigardano.*

Item utitur curia jurisdicione civili et criminali in loco de Rigardano, qui locus est inter Priorem de Serrabona et Jacobum de Lileto, qui utuntur ibidem solum jurisdicione simplici, prout supra ; et si querimonia per sagiones dicte curie exponatur gentibus dicti loci, in prima querimonia intervenit justicia ; et idem fit de justicia persolvenda quando dicti sagiones intrant in loco de Marcivolo et de Billeraco. Habetque curia in loco de Rigardano predicto, in hominibus ejusdem loci, hostem et cavalcatam.

XLIV. *Jurisdicio locorum de Joco, de Fenestreto et Saorle.*

Item domini locorum de Joco et de Fenestreto et de Saorla uti consueverunt *tantum ex consuetudine*[1], in ipsis locis jurisdi-

[1] *Tantum ex consuetudine* en interligne.

cione civili et modica criminali. Curia vero regia residuam aliam jurisdicionem habet in gentibus dicti loci.

XLV. *De jurisdicione loci de Astoerio.*

Item utitur curia jurisdicione alta et mero imperio in loco de Astoerio nobilis Petri de Fenolleto ; mixto vero imperio et jurisdicione civili et aliqua criminali utitur ibidem curia nobilis suppradicti ex consuetudine.

XLVI. *Locus de Eus.*

Item curia regia habet merum imperium in gentibus loci de Eucio dicti nobilis ; dictus vero nobilis habet jurisdicionem civilem et criminalem baxam in gentibus dicti loci, juxta tenorem privillegii indulti predecessori dicti nobilis.

XLVII. *De Anyerr et de Porcinianis.*

Item curia regia habet merum imperium in locis Anyerr et de Porcinyans venerabilis Vitalis Guillemi militis, qui per privillegium habet jurisdicionem civilem et aliquam criminalem, juxta tenorem privillegii eidem militi indulti in gentibus dicti loci.

XLVIII. *Locus de Toreno.*

Item curia habet merum imperium in loco de Toreno venerabilis Petri Guillemi domini dicti loci, qui habet ibi certam jurisdicionem, juxta tenorem privillegii predecessori suo indulti, seu concessi.

XLIX. *Locus de Jullos.*

Item utitur curia hoste et cavalcata in hominibus de Jullols venerabilis Hugonis de Tacione, et habet merum imperium et altam jurisdicionem in hominibus dicti loci; et de jurisdicione civili et criminali quam habet dictus Hugo ibi, constat per privillegium inde factum.

L. *Locus de Pinu.*

Item utitur curia regia jurisdicione criminali et civili et mixto et mero imperio, sine fatiga, in gentibus loci de Pinu, qui locus

est Monasterii Campi Rotundi ; et habet in ipsis gentibus dicti loci hostem et cavalcatam. Et in prima querimonia per sagiones regios gentibus dicti loci exposita, intervenit justicia : dictus vero R. Abbas utitur ibidem jurisdicione civili nunc, et tenet ibidem bajulum et judicem.

LI. *Locus de Menteto.*

Item curia regia predicta habet merum imperium et altam jurisdicionem, et hostem et cavalcatam in hominibus de Menteto Petri Guillemi domini de Toreno et monasterii de Rivopullo. Dictus vero Petrus Guillemi habet ibidem jurisdicionem civilem et aliquam criminalem, juxta tenorem privillegii predecessori suo concessi.

LII. *De Coma et de Stenylls.*

Item curia regia Villefranche habet altam jurisdicionem in loco de Coma et de Stenylls venerabilis Poncii de Caramany : civilem vero jurisdicionem et aliquam criminalem ibi exercet et potest exercere dictus nobilis, ex consuetudine : super vero hoste et cavalcata dictorum (*sic*) hominum locorum, contendit curia cum nobili suppradicto, et lis pendet in dicta curia.

LIII. *Locus de Pulcro Loco.*

Item curia regia utitur jurisdicione civili et criminali in loco de Pulcro Loco monasterii de Corneliano ; et gentes dicti loci quibus exponitur querimonia de aliqua peccunie quantitate per sagiones regios, solvunt in prima querimonia justiciam. Super vero hoste et cavalcata ducitur lis in curia predicta, inter dictam curiam et homines dicti loci.

LIV. *Locus de Sanciano.*

Item habet curia regia merum imperium et altam jurisdicionem civilem et criminalem in loco de Sanciano monasterii de Corneliano ; et dictum monasterium habet ibi certam jurisdicionem civilem et criminalem, juxta tenorem privillegii dicto monasterio concessi.

LV. *Honor monasterii de Corneliano.*

Item utitur curia hoste et cavalcata in hominibus dicti loci de Sanciano et aliorum locorum dicti monasterii.

LVI. *Jurisdicio de Seneris* (sic).

Item utitur curia jurisdicione civili et criminali, sine fatiga et mero et mixto imperio in loco de Seneriis (*k*) dicti monasterii de Corneliano; et in prima querimonia que nunciatur hominibus dicti loci per sagiones dicte curie intervenit justicia, et cure et tutelle dantur per judicem curie regie : set dictum monasterium utitur in gentibus dicti loci jurisdicione simplici civili, et tenet ibi bajulum.

LVII. *De Aspirano.*

Item utitur curia jurisdicione alta et hoste et cavalcata in hominibus et gentibus de Aspirano venerabilis Raymundi Catelli Domini dicti loci ; dictus vero Raymundus Catelli habet ibi certam jurisdicionem civilem et criminalem, prout patet per tenorem privillegii super jurisdicione predicta concessi [1].

LVIII. *De Aquatepida et Puyalibus.*

Item utitur curia jurisdicione civili et criminali sine fatigua, et hoste, et cavalcata, in hominibus loci de Aquatepida et de Puyalibus, qui loci sunt Capituli Urgelensis ; et prima querimonia que gentibus dictorum locorum exponitur per regios sagiones, solvitur justicia curie regie jamdicte. Capitulum vero jamdictum habet ibidem suum bajulum qui similiter exponit dictis gentibus querimonias cum aliquis conqueritur de illis, tenetque ibidem judicem suum. De faticha vero predicta pendet lis in curia predicta.

LIX. *Locus de Calderiis.*

Item utitur curia jurisdicione alta et baxa in loco de Calderiis, et habet in hominibus dicti loci hostem et cavalcatam, qui locus est Venerabilis Bedosi (*l*) de Serabon domicelli et Petri Mercatoris de Podio Ceritano. Et nichilominus in prima querimonia per sagiones regios exposita gentibus dicti loci, intervenit usticia ; sed quilibet dictorum dominorum tenet bajulum *ibi* [1], qui exponit querimonias gentibus dicti loci, quando primitus habetur recursus ad illum.

[1] Voir l'appendice, n° III.
[2] *Ibi* en interligne.

LX. *Honor monasterii Sancti Martini Canigonensis.*

Item utitur curia predicta mero imperio et alta jurisdicione et hoste et cavalcata in hominibus locorum de Verneto et de Marquexanis et aliorum locorum monasterii Sancti Martini Canigonensis ; dictum vero monasterium utitur jurisdicione scivili (*sic*) et aliqua criminali in dictis locis juxta tenorem privillegii jurisdicionis olim dicto monasterio concessi.

LXI. *Honor monasterii Sancti Michaelis de Cuxano.*

Item utitur curia hoste et cavalcata in hominibus locorum monasterii Sancti Michaelis de Cuxano. Verum est tamen quod de presenti, super dicta hoste et cavalcata, lis pendet inter dominum nostrum regem et Abbatem monasterii predicti.

LXII. *Honor monasterii Crassensis et aliarum Ecclesiarum.*

Item utitur curia in hominibus et gentibus locorum de Prata et aliorum locorum monasterii Cracensis (*sic*), et generaliter in hominibus et personis religiosarum personarum ecclesiasticarum infra Vicariam Confluentis jurisdicionem habencium, hoste et cavalcata in eisdem.

LXIII. *De Cerola.*

Item utitur curia in hominibus et gentibus loci de Cerola (*m*), qui locus est monasterii de Corneliano, jurisdicione civili et criminali alta et baxa, et habet in dictis hominibus hostem et cavalcatam ; et in prima querimonia dictis gentibus exposita per sagiones regios, solvunt justiciam ipse gentes.

LXIV. *Jurisdicio loci de Rodesio.*

Item, licet locus de Rodesio sit proprius nunc domini nostri regis et in solidum eidem pertineat, tamen curia de Rodesio non utitur ibi nisi solum jurisdicione civili et baxa criminali ; merum vero imperium dicti loci pertinet et spectat curie regie Villefranche.

LXV. *De justicia per regios homines persolvenda et de pignoribus distrahendis.*

Item utitur curia regia quod, si aliquis creditor conqueratur ab aliquo debitore qui sit de Villafrancha, in continenti habet respondere utrum debitum concedat vel neget, aut petat libellum quem pars conquerens tenetur offerre, si quantitas petita excedat summam XX. solidorum, aliter non. Et si debitor confiteatur debitum fore verum, elapsis VIII. diebus, si dictus creditor reconqueratur dicte curie de dicto debitore, ipse debitor solvit tercium pro justicia curie jamdicte; et in illo casu, exposita querimonia per dictum creditorem dicte curie, ipsa curia facit exequcionem contra dictum debitorem et ejus bona, distringendo ipsum de tanta quantitate peccunie quanta fuerit retroquerimonia suppradicta. Et de pignoribus inde captis per dictam curiam, consueverunt dari X. dies debitori, si petantur; quibus elapsis, ipsum pignus in encantu publico exponitur venale, et subastatur per tres dies, quibus elapsis, in quarta die sequenti venditur. Et si debitor non habeat bona mobilia que in pignore tradere possit creditori, et petat debitor ante querimoniam spacium IIII. mensium sibi assignari ad vendendum de suis bonis inmobilibus, quod judex consuevit tale spacium concedere, infra quod spacium dictus debitor [ante[1] retroquerimoniam spacium IIII. mensium sibi assignari ad vendendum de suis bonis inmobilibus, quod judex consuevit tale spacium concedere, infra quod spacium dictus debitor] non potest compelli ad vendendum de bonis suis inmobilibus; nec auditur creditor ejus retroconquerens de ipso debitore, nisi bona mobilia reperiantur in posse dicti debitoris. Et si creditor tenendo pignus pro debito sufficiens ad solvendum ipsum debitum reconqueratur de dicto debitore, solvere consuevit justiciam curie suppradicte talis creditor predictus.

LXVI. *De distractione bonorum inmobilium.*

Item utitur curia *predicta*[2] quod si aliquis debitor fuerit plu-

[1] Il y a ici dans le manuscrit deux lignes évidemment répétées, et les mots que nous mettons entre crochets doivent être rejetés.

[2] *Predicta* en interligne.

ribus debitis obligatus, et non possideat bona mobilia de quibus suis creditoribus satisfacere valeat seu possit, veniat ad judicem dicte curie et petat ab ipso spacium quatuor menssium sibi concedi pro vendendis de bonis suis inmobilibus pro satisfaciendo ditis suis creditoribus; quod tale spacium judex dicte curie consuevit concedere talibus debitoribus, infra quod nullus creditor auditur retroquerimoniam faciens contra ipsum.

LXVII. *De privillegio aliquorum creditorum.*

Item utitur curia quod si fiat exequcio contra aliquem qui fuerit pluribus et diversis creditoribus obligatus ex diversis causis, et bona ipsius debitoris non sufficiant ad solvendum debita que debet, et ipse debitor penes se habeat ex aliquo titulo aliquas res que sibi provenerint ab aliquo seu aliquibus dictorum suorum creditorum, quod ille creditor seu creditores cujus fuerint ille res que vendantur sunt priores et pociores in precio illius rey, si vendatur, quam ceteri creditores tempore priores : et de hoc, ut dicitur, stat ordinacio regia, licet non inveniatur in dicta curia registrata.

LXVIII. *De salario officialium inquirencium extra villam.*

Item utitur curia quod si Vicarius et Judex Confluentis vadant extra Villamfrancham cum eorum animalibus ex suo officio pro inquisicionibus faciendis, quod salarium animalium que ducunt ipsi solvere de suo proprio debent; alie vero expensse, tam pro comestione ipsorum quam pro civata animalium, sunt consuete persolvi per curiam suppradictam de emolumentis ipsius curie.

LXIX. *Forma procedendi contra delatos.*

Item utitur curia quod si aliquis fuerit delatus de aliquo maleficio in curia regia Villefranche, in continenti dicta curia capit illum, si inveniat eum; si autem non reperiatur, in contineni. facit dictum delatum citari in domo in qua consuevit morarit Quo non comparente, dicta curia facit ipsum banniri, faciendo fieri perconizacionem generalem ut dictus delatus debeat comparere in dicta curia infra X. dies; et quod nullus, elapsis dictis X. diebus, audeat dictum delatum recolligere vel eidem pres-

tare consilium vel favorem, et hoc sub pena centum morabetinorum dicte curie applicanda.

LXX. *Salarium sagionum delatos capiencium extra villam.*

Item utitur dicta curia quod sagiones dicte curie extra Villamfrancham capientes aliquos delatos de aliquibus criminibus, habent per capcionem cujuslibet delati XII. denarios; ita quod si fuerint duo vel tres sagiones vel plures capientes eciam decem delatos, vel minus vel plures, quod de singulis hominum delatorum habere consueverunt XII. denarios. Si duo sagiones capiunt unum hominem, habent duos solidos; et in uno homine capiendo, non debent esse nisi duo sagiones, nisi qualitas criminis hoc requirat. Et si aliqui sagiones mittantur pro aliquo capiendo, et delatus de crimine non fuerit inventus, debet dictis sagionibus satisfieri de bonis dicti delati ac si citarent ipsum, videlicet quod habet pro leuca IIII. denarios quilibet sagio : et utrum istud sit justum vel non, placeat domino nostro regi eligere et facere quod sibi videbitur faciendum.

LXXI. *Loci de Glosianis et Suffruys et Foxa.*

Item utitur curia jurisdicione civili et criminali et hoste et cavalcata in locis de Glosianis et de Sufruys et de Foxano, et in duobus manssis vocatis Cases Noves (*n*), et in quatuor mansis (*sic*) qui sunt in loco de Cisilano, de jurisdicione quorum pendet questio in dicta curia inter dominum nostrum regem et Camerarium monasterii sancti Michaelis de Cuxano : qui quidem IIII. mansi sunt Hospitalis de Insula. Et homines dictorum locorum solvunt justiciam in prima querimonia curie Vicarii Confluentis. Verum est tamen quod Prior monasterii sancte Marie de Serrabona tenet suum bajulum in loco de Glosianis, qui distringit homines dicti loci de censibus et aliis juribus dicto monasterio pertinentibus; et eciam quod si aliquis conqueratur de hominibus dicti loci dicto bajulo, quod ipse bajulus consuevit exponere et denunciare querimonias gentibus dicti loci, et tunc non solvitur justicia de talibus querimoniis, si concedatur per debitores, nisi post octo dies retroquerimonia subsequatur.

LXXII. *De successione impuberum moriencium.*

Item utitur curia regia ex antiqua ordinacione regia, licet non reperiatur in registris dicte curie, quod si aliquis vel aliqua impubes moriatur in pupillari etate, quod illa bona que sibi pervenerunt ex parte patris vel ex linea paterna pertineant proximioribus suis ex linea paterna, et non ad matrem impuberis. Et eodem modo, si dicta bona sibi pertineant ex parte matris, pertinent et spectant proximioribus personis provenientibus ex linea materna, et non ad patrem dicti pupilli : salvo jure in legitima jure nature debito parentibus superstitis impuberis morientis; et hoc, nisi parentes dictorum pupillorum in suis voluntatibus aliter duxerint ordinandum.

LXXIII. *Curia regia compellit ceteras curias recredere captos suos.*

Item, cum curie prelatorum et nobilium vicarie Confluentis jurisdicionem habencium, quandoque capiunt delatos de criminibus que non sunt talis nature quod capti debeant detineri pendente causa et cognicione criminum predictorum, sed debent de jure vel de consuetudine dari ad recredendum, evenit pluries pro parte dictorum delatorum significatur curie regie Villefranche quod tales delatos dicte curie nolunt dare ad recredendum licet sepius fuerit requisitus (*sic*); et tunc Vicarius Confluentis mittit curialibus dictarum curiarum literas fatiche continentes quod super deliberacione capcionis debeant facere justicie complementum. Et dicta litera recepta, contingit aliquociens quod per maliciam faciunt dictos captos stare in capcione, assumentes colorem quod facient fieri prout videbitur eorum justicie complementum ; et sic, per istam viam, si in tali casu ordiretur lis in eorum curiis, coram judicibus principalibus et appellacionum, esset magnum dampnum ipsorum captorum qui pluries et sine causa capiuntur. Et cum, in hoc casu vel simili, non sit ordinatum in dicta curia regia per quot dies dicta curia debeat spectare quod tales curie faciant jus super predictis, placeat Domino nostro Regi super hoc ordinare, statuendo certum brevissimum tempus unius diey vel duorum, vel prout sibi videbitur fore justum, infra quos dicta cognicio habeat fieri per judices dictarum curiarum sine scriptis; alias quod dicta curia, non obstante aliqua appel-

lacione, possit super illis interponere partes suas. Nam si appellacio in talibus admitteretur, litigium duceretur eodem modo ut premissum, et tales capti in capcione detrimentum et injuriam paterentur, et sepe haberent se redimere injuste a dictis curiis ad aliquam quantitatem peccunie persolvendam.

LXXIV. *De supplenda negligencia dominorum in danda justicia.*

Et cum sepe idem fiat quando universitates locorum suorum volunt creare sindicos cum auctoritate dominorum suorum, quia dicti domini nolunt eis dare licenciam, et per consequens recurritur ad curiam regiam, que super hoc mittit eis literam fatiche quod super auctoritate prestanda dictorum sindicorum faciant justicie complementum, et dicti domini ex hoc gravati sepius hoc retardent; ex quibus multa litigia olim orta fuerunt inter curiam regiam et curiam monasterii sancti Michaelis de Cuxano: cum alique universitates dicti monasterii peterent sindicos pro eorum negociis peragendis, et Abbas dicti monasterii vel ejus judex nolebat eisdem concedere licenciam constituendi dictos sindicos, et curia regia in eorum defectu concedebat licenciam memoratam universitatibus predictis. Quare est necessarium quod dictus Dominus noster Rex statuat certum et breve terminum infra quod talia habeant fieri, alias quod curia regia in eorum faticha possit facere predicta.

LXXV. *De solucione censsus circa mutacionem monete.*

Item quod dominus noster Rex dudum fecit preconizari quod moneta Barchinone currat in hac terra et censsus denariorum solvatur de moneta Barchinone de terno, ut in preconizacione inde facta continetur, insurgunt plures contrastus super empcionibus dictorum censsuum qui olim fuerunt empti de moneta longa, videlicet singulis regalibus auri computatis ad XXII. solidos, in quo valore solvebantur tunc dicti censsus et nunc solvuntur de moneta Barchinone de terno vigore preconizacionis predicte, videlicet uno croato argenti computato ad XII. denarios. Ex quo est magnum dampnum venditorum censsuum predictorum, et tales emptores locuplectantur ex aliena jactura. Cumque judex Confluentis de isto casu oretenus locutus fuerit anno preterito Domino nostro Regi in castro suo Perpiniani, qui

dixit quod ipse deliberaret super isto facto, ideo placeat sue excellencie quod super illo faciat quid sibi justius videbitur faciendum.

LXXVI. *De pena contumacie in non veniendo.*

Item utitur curia predicta quod contumax qui fuerit extraneus extra Villamfrancham tenetur solvere comparenti, pro expensis diey fallite, XVIII. denarios, si tamen ambo sint extra villam predictam; si autem fuerit contumax extra villam, et comparens de villa, solvat comparenti XII. denarios; et si contumax de villa, et comparens extra villam, solvat contumax comparenti XVIII. denarios; et si ambo fuerint de villa, solvat contumax comparenti XII. denarios.

Petrus de Stagno Bosso miles, Vicarius Rosilionis et Vallispirii, universis et singulis ad quos presentes pervenerint. Noveritis nos quasdam patentes literas regias recepisse sub hac forma :

Petrus, dey gracia Rex Aragonum, Valencie, Maioricarum, Sardinie, Corsice, Comesque Barchinone, Rosilionis et Ceritanie, nobili et dilecto consiliario nostro Arnaldo Dorchau militi Gerenti vices Gubernatoris in Comitatibus Rosilionis et Ceritanie vel eius locumtenenti, necnon Vicario Rosilionis et Vallispirii, universisque officialibus nostris in dictis Comitatibus constitutis ad quos presens negocium pertinere noscatur, salutem et dilectionem. Quamquam pro conservacione et tuicione jurium et regaliarum nostrarum alique sint in vestris et cuiuslibet vestrum curiis, et maxime Vicarii predicti, ordinaciones et usancie scripte et vulgariter *Stils* nuncupate, et per predecessores nostros ordinate, et ex post per nos confirmate, que per vos et vestrum quemlibet, juxta nostras pragmaticas sanciones super hiis editas, aliquibus nostris literis et provisionibus in contrarium faciendis[1] non obstantibus, debent omnino observari. Ac (*sic*) tamen, eo quia contingit aliquociens nos, tamquam inmemores de predictis, ob importunitatem petencium, aliquas facere provisiones ac vobis mandata contra ordinaciones et Stillum predictos, per vos et vestrum quemlibet ipsas provisiones ac mandata dictis usanciis et Stillo contrarias, in maximum prejudicium regaliarum nostrarum ut

[1] Lege *facientibus*.

intelleximus, intenditis observare. Quapropter, indempnitatibus jurium ipsorum predictorum providere volentes, vobis et cuilibet vestrum districte precipiendo mandamus de certa sciencia et consulte, sub pena mille morabetinorum auri nostro applicandorum errario (*sic*) et a vobis et bonis vestris et cuiuslibet vestrum qui in hiis negligentes fueritis yrremisibiliter (*sic*) exigendorum et habendorum ac officiorum vestrorum privacione, de quibus si contrarium attemptaveritis cum presenti nunc ut ex tunc privamus, Quatenus ordinaciones usancias et Stillum predictos penitus ad unguem, absque interpretacione aliqua adque (*sic*) derogacione observetis, non obstantibus quibuscumque provisionibus, literis seu mandatis verbo vel scriptis per nos vobis jam factis vel eciam in posterum faciendis, que ipsis ordinacionibus et statutis et stillo videantur aliqualiter contrariare modo aliquo vel alias derogare : posito eciam quod dicte provisiones nostre essent propria manu signate, aut in ipsis provisionibus verba alia derogatoria, aut alia quecumque que huic nostre provisioni contrariari modo aliquo vel alias obviare possent, continerentur. Nos enim cum presenti omnes provisiones literas ac mandata per nos ex inde contra nostram provisionem ac pragmaticam sancionem, quam ad unguem per vos et vestrum quemlibet ac successores vestros in dictis vestris officiis observari omnino volumus, facientes vel faciencia, cassamus, yrritamus et anullamus et nullius volumus esse efficacie seu valoris, et omnem penam in eisdem appositam vel apponendam de observando easdem abolemus et tollimus cum eadem. Et si forte aliqui comissarii seu porterii (*sic*) per nos aut alium nostro nomine in dictis Comitatibus mitterentur pro aliquibus negociis peragendis que huic nostre provisioni ac dictis consuetudinibus, usanciis, Stillo contrariari in aliquo viderentur vel alias derogari, Volumus et vobis et cuilibet vestrum sub dictis penis precipimus cum eadem, ut de talibus comissionibus ipsos portarios comissarios uti modo aliquo non permitatis; quoniam nos cum eadem, ut presens provisio et ordinacio ac nostra pragmatica sancio per vos et quemlibet vestrum melius observentur, Thesaurario nostro nec non Procuratori nostro regali Comitatuum predictorum, sub pena mille morabetinorum auri, precipimus et mandamus quod, in continenti cum per vos vel vestrum alterum contra nostram provisionem aliquid fuerit attemptatum, ab officiis vobis co-

missis removeant et penam predictam vobis et cuilibet vestrum impositam, a vobis et bonis vestris et vestrum cuiuslibet exhigant yrremisibiliter sine mora, cum predicta omnia et non inmerito sic fieri volumus de certa sciencia et consulte. Datum Valencie, sub nostro sigillo secreto, XXVIII. die aprilis anno a nativitate domini M. CCC. septuagesimo primo. Rex P.

Que quidem mandata et ordinaciones in preinsertis literis regiis contenta et contente in curia nostra et Vicaria antedicta, ad unguem observantur. In cujus rey testimonium ac fidem presentes fieri fecimus, sigillo officii nobis comissi sigillatas. Date Perpiniani secunda die jullii anno a nativitate Domini M. CCC. Septuagesimo primo. Vidit Ja. Loc.

LXXVII. *De justicia solvenda curie in causis et litigiis ordinariis.*

Item utitur curia quod levat tercium pro justicia de quantitate peccunie petita a parte que subcumbit in causis, vel componit: et si non est quantitas peccunie, set alie res, habetur racio extimacionis juste. Et de hac justicia curiales dicte curie consueverunt facere aliquam graciam, prout eis videtur, juxta qualitatem personarum et causarum, et quandoque propter dubium apparens utrum sit dicta justicia clara vel non et ex aliis variis causis. Et si interpretetur super aliquo judicio possessorio questio alicujus rey, pars in dicta causa succumbens solvit mediam justiciam vel quasi; et de ista fit et consuevit fieri magna gracia. Et est verum quod, ante quoddam privillegium impetratum pro universitate Villefranche ab Illustro (*sic*) domino Sanctio felicis recordacionis Rege Maioricarum [1], quod curia predicta regia intendebat habere justiciam post oblacionem libelli, quamvis partes incontinenti componerent ante litis contestacionem; et dicto privillegio impetrato, dicta curia usa est habere solum justiciam post litem contestatam, cum ante litis contestacionem quis non dicatur agere set agere velle. Quare placeat regie Magestati quod faciat declarari dictum privillegium, quod est obscurum in illo casu ubi per aliquos dies litigatur et fiunt excepciones dilatorie et non proceditur ad litis contestacionem set partes componunt vel discedunt de lite, utrum in tali casu debeat

[1] Voir l'appendice nº IV.

levari justicia vel non. Nam, licet pluries fuerit petita declaracio fieri per dictam curiam de dicto privillegio super hoc puncto, nundum facta est : et ut melius possit fieri, mittatur dominacioni regie transcriptum dicti privilegii dicte universitati concessi.

LXXVIII. *Casus in quibus fit execucio per curiam sine querimonia.*

Item utitur curia, a tempore dicti privillegii citra, quod bona mobilia que venduntur in enquantu publico distringuntur sine querimonia, et idem fit de precio rerum comestibilium, et de salario diurno locancium operas suas, et de logueriis ancilarum et nunciorum per medium annum solum, ut in dicto privillegio continetur.

LXXIX. *Differencia personarum in solvenda justicia causarum.*

Item utitur curia quod clerici litigantes cum laycis, si sucumbant in causis, solvunt retrodecimam partem tantum pro justicia; et layci cum clericis vel militibus subcumbentes terciam partem, nisi dicti layci sint de Villafrancha : tunc enim dicti layci non solvunt nisi retrodecimam partem, sicut clerici et milites, et ita continetur in dicto privillegio.

LXXX. *Taxa in decretis judicum.*

Item utitur curia quod judex Confluentis pro decretis imponendis judicialibus non consuevit habere nisi de quantitate mille solidorum et infra, tres solidos tantum; et de mille usque ad tria milia et quinque milia, quinque solidos tantum; et de quinque milibus usque ad decem milia vel ultra, decem solidos tantum. Et de hoc stat ordinacio regia in scriptis in curia regia Villefranche.

LXXXI. *Salarium testium pro inquisicionibus curie venientium.*

Item utitur curia quod si faciat citari aliquos testes pro inquisicionibus faciendis qui sint extra Villamfrancham, quod facit eis satisfieri pro die, juxta ordinacionem Domini nostri Regis qui nunc est editam, in certa peccunie quantitate; licet, ante

dictam ordinacionem, dicta curia nichil consueverat solvere pro talibus testibus qui citabantur in illa pro testimonio faciendo.

LXXXII. *Terminus officialibus statutus ad respondendum requisicionibus.*

Item utitur curia, et stat ordinacio regia, quod instrumentis protestacionum et requisicionum et appellacionum que fiunt officialibus dicte curie per privatas personas, respondetur et consuevit responderi per ipsos officiales infra duos dies, cum justo impedimento dicti officiales non fuerint impediti; alias scriptor posset claudere instrumentum, et restituere illud in mundum redactum.

(*Les deux articles suivants sont d'une autre encre et d'une autre main. — Ecriture de la fin du quinzième siècle.*)

B. Item est stilus et consuetudo dicte curie et in contradictorio judicio fuit obtentum, quod universitates locorum prelatorum et personarum ecclesiasticarum, baronumque aut militum, aliarumque personarum, et eciam locorum regiorum et non regiorum, et consules, sindici et procuratores ipsarum universitatum, tenentur placitare, ac subire consueverunt judicium in civilibus et criminalibus, undecumque et modo quocumque contrahant seu delinquant, videlicet in posse presentis curie et non alibi, eciam de et pro causis seu negociis eorum propriis; nec dicta curia patitur quod alibi subeant judicium quandiu sint vel fuerint consules vel sindici aut procuratores ipsarum universitatum.

A. Item est stilus et consuetudo antiqua dicte curie quod dicta curia utitur et consuevit ab antiquo cognoscere de omnibus bajulis, sagionibus, judicibus et ceteris aliis officialibus infra dictam vicariam jurisdiccionem temporalem exercentibus, civiliter et criminaliter, quoquomodo et undecumque contrahant vel delinquant, et sive ipsi officiales sint locorum prelatorum, baronum, militum, aliarumque personarum, sive non; cum juxta stilum et consuetudinem omnes officiales regii et non regii infra dictam Vicariam constituti solent et debent ac consueverunt subire judicium coram dicto Vicario et non coram alio in

civilibus et criminalibus; noch dicta curia patitur nec passa fuit quod alibi subeant judicium, ceiam de causis et negociis eorum propriis.

NOTES.

(*a*) § 2. Il existe deux *constitutions de paix et trêves* signées par les barons de Roussillon et de Cerdagne au treizième siècle, l'une à la date du 6 des nones d'octobre 1217 sous le gouvernement de Nunyo-Sanche (d'Achéry, *Spicilegium*, t. III, p. 587); l'autre, donnée d'abord pour la Catalogne le 12 des calendes de janvier 1228, fut étendue au diocèse d'Elne par Jacques le Conquérant et signée par les principaux seigneurs du pays, à Malloles, près de Perpignan, le 5 des ides de mars 1241 (*ibid.*, t. III, p. 598). Il s'agit probablement de cette dernière dans l'article 2 des *Stils*. Les dispositions de ces deux constitutions sont d'ailleurs à peu près identiques.

(*b*) § 5. La juridiction des chemins publics du Conflent appartenait au roi et à la cour du viguier de Villefranche. La seule exception connue à cet égard concerne les chemins du territoire de Vinça, dont la juridiction fut attribuée au bailli de cette ville en vertu d'une concession donnée le 5 septembre 1342 par Jacques II, roi de Majorque (Archives communales de Vinça, parchemin n° 65).

(*c*) § 7. Un procès (n° 201) des archives communales de Bouleternère cite en 1392 l'article 7 des *Stils* et, à la suite, la formule consacrée pour la publication relative à l'exportation des blés du Conflent. En voici le texte :

« Aquesta es la crida quels vegers han acostumada de fer sobre lo fet « del blat.

« Ara auiats que mana lo Batlle et Veger del senyor Rey a tots cominal- « ment, als dins e als de fora, que negun ni neguna de qualque condicio, « stament o ley sia, no gos comprar ni fer comprar per si ni per altre negun « linatge de blat dins la vegeria de Conflent e de Capcir per revendre, sots « pena de perdre lo blat et de x lliures per quascuna vegada, sens tota « merce. Item mana lo dit batlle e veger a tots los dessusdits que negun ni « neguna no gos trer negun linatge de blat fora la dita vegeria en qualsevol « part, sots pena de x lliures e de perdre lo blat e la bestia ab que ne « trauria, per quiscuna vegada, sens tota merce. »

(*d*) § 9. Le *ruisseau royal de Thuir*, commencé vers l'an 1315, sous le règne de Sanche de Majorque, est encore aujourd'hui le canal d'arrosage le plus important du Roussillon. C'est une dérivation de la Tet. Il a sa prise d'eau au territoire de Vinça, en Conflent.

(*e*) § 15. Les mots *extramarina dilacio* (délai d'outre-mer) doivent s'entendre des délais concernant les îles Baléares qui formaient le *royaume de Ma-*

jorque proprement dit, dont les souverains étaient également *comtes* de Roussillon et de Cerdagne et *seigneurs* de Montpellier.

(*f*) § 16. Ce congé de la Saint-Luc ne fut sans doute établi qu'à l'occasion de la foire créée à Villefranche en vertu d'une charte de l'an 1302.

(*g*) § 18. Les hommes de Villefranche jouissaient du privilége de pouvoir plaider de huit en huit jours, en vertu d'une concession du 8 des ides de janvier 1242. (Appendice, n° 1.)

(*h*) § 19. Le mot *segionia* ou *sagionia* dérive de *sagio* (en catalan *sag*), office correspondant à celui d'*huissier*. Sous les rois de Majorque, la *Sagionia de Conflent* formait une circonscription géographique qui comprenait les lieux de Fulla, Saborra et Serdinya, situés au voisinage de Villefranche.

(*i*) § 28. Le mot *barata* semble avoir ici le sens de *supercherie*. Dans le catalan actuel, on ne le prend jamais en mauvaise part, et il exprime un simple *échange*.

(*j*) § 37. Il y a un article relatif à la geôle de Villefranche dans le privilége du 15 des calendes de février 1276. (Appendice, n° 2.)

(*k*) § 56. Seners, dont l'église seule existe aujourd'hui, était un petit hameau situé au-dessus d'Estober. La seigneurie en appartenait au sacristain du monastère de Cornella de Conflent.

(*l*) § 59. Il y a quelque erreur de copiste dans les prénoms des seigneurs de Caudiès, car *Bedos* de Serabon nous est complétement inconnu, et il faut lire sans aucun doute *Bremundi de Serabon*, le seul personnage de cette famille que l'on trouve à cette époque.

On connaît aussi un *Pierre Mercader de Puigcerda*, qui mourut vers l'an 1318, et son fils, qui existait à l'époque où les *Stils* furent rédigés, porte le prénom de *Guillaume*; il y a donc lieu de croire que le manuscrit original portait : *G^i Mercatoris*, au lieu de *P^i Mercatoris*.

(*m*) § 63. Le hameau de Cerola, aujourd'hui détruit, était situé au voisinage du lieu dit *los Grœus*, dans le territoire de Canavelles.

(*n*) § 71. Le lieu de Sofrunys était situé au territoire de Glorianes, au-dessus de Rigarda. On voit encore quelques débris de son église. Foxa est au-dessus de Domanova, dans la vallée dite *de Croses*. Les *deux manses* de Cases-Noves, ou *Cases-Novètes*, existaient sur le chemin qui conduit de Rodès à Serrabona.

Le lieu de Sahilla est situé au-dessus de Finistret, et les *quatre manses* que l'Hôpital d'Ille y possédait provenaient d'un legs fait par le chevalier Bertrand d'Ille en faveur du monastère de Jau. Les religieux de cette abbaye ayant trouvé ce legs trop onéreux, ne voulurent pas l'accepter, et Bernard de Berga, évêque d'Elne, l'attribua à l'hôpital d'Ille, par une sentence du 13 des calendes de juillet 1242 (Archives de l'hôpital d'Ille, parchemin B, n° 7).

APPENDICE.

Nous donnons en appendice quatre documents tirés des archives de Villefranche et de l'église d'Espira, auxquels se réfèrent quelques-uns des articles compris dans le *Livre des Stils*.

I

Aquest priviletge conte remissio dexorchia e de coguocia e dentestia. Item que pleydeyen e pusquen pleydeyar homens de Vilafrancha de .X. en .X. dies, segons costumes de Barchalona. Item que puguen destreyer o peyorar lurs deutors fora la vila estans a pagar a els los deutes, feyta fadiga per .III. vegades al Venger de Vilafrancha.

Noverint universi quod nos Jacobus dei gracia rex Aragonum Maioricarum et Valencie, comes Barchinone et Urgelli et Dominus Montispelii, per nos et nostros remitimus vobis universis et singulis hominibus Villefranche Confluentis et vestris successoribus presentibus et futuris in perpetuum exorquiam, cuguciam et intestiam; ita ut nobis nec nostris aut alicui alii, vel Vicario aut bajulo inde non teneamini respondere, immo sitis inde vos et vestri liberi a modo et perpetuo absoluti : Concedentes vobis quod placitetis de decem diebus in decem, secundum quod consuetudinis est Barchinone ; et possitis compellere et pignorare debitores vestros extra villam comorantes ad solvenda vobis debita, facta tamen prius fatiga ter in nostro Vicario Villefranche aut locum nostrum tenenti ; et annuatim in festo sancti Martini habeatis nundinas in Villafrancha per decem dies duraturam (*sic*). Concedimus eciam vobis et vestris in perpetuum quod habeatis paschua, et teneatis bestiarium grossum et minutum in omnibus locis qui sunt vel fuerint de dominio nostro, et quod faciatis ibi curtales vestros franchos liberos et sine pascherio. Date Perpiniano .VIII. idus Januarii anno nativitatis domini M°CC°XL° Secundo.

Sig-+-num Jacobi dei gracia regis Aragonum Maioricarum et Valencie, comitis Barchinone et Urgelli et domini Montispelii.

Testes sunt Rotgerius comes Fuxi, Petrus de Monte Catano, G. de Entençza, B. Hug. de Serralonga, Gaucerandus de Pinos.

Sig+num Guillemoni Scribe qui mandato domini regis hec scripsit loco die et anno prefixis.

Lecta fuit regi.

(*Cartulaire de Villefranche*, f° 4.)

II

Noverint universi quod nos Jacobus dei gracia rex Maiorica-rum comes Rossilionis et Ceritanie et dominus Montispelii, per nos et omnes successores nostros laŭdamus et confirmamus vobis universis hominibus Villefranche Confluentis presentibus et futuris, omnia privilegia et consuetudines a nobis vel a predecessoribus nostris vobis concessa seu concessas quibus actenus usi fuistis usque nunc; Preterea nunc de gracia speciali concedimus vobis, quod quicumque capti fuerint et detinebuntur in curia baiuli Villefranche Confluentis, si de jure vel per composicionem non fuerint puniti, quod racione custodie carceris nichil debeant solvere baiulo nec sagioni vel illi qui custodit carcerem. Mandantes baiulo Villefranche et Vicario Confluentis et universis aliis officialibus nostris presentibus et futuris quod dictam confirmacionem et concessionem nostram firmam habeant et observent et non contraveniant nec aliquem contravenire permitant aliqua racione. Date in Perpiniano XV° kal. februarii anno domini M°CC°LXX° Sexto.

Sig+num Jacobi dei gracia regis Maioric. comitis Rossilionis et Ceritanie et domini Montispelii. Testes sunt Jaufredus de Rochabertino, Guillemus de Castro novo, Guillemus de Caneto, Guillemus de Pauo vicarius Rossilionis, Berengarius Surdi.

Sig+num Petri de Calidis qui mandato dicti Domini regis hec scribi fecit et clausit loco die et anno prefixis. (Cartulaire de Villefranche, f° 6.)

III

Noverint universi quod nos Jacobus dei gracia Rex Majorica-rum comes Rossilionis et Ceritanie Dominus Montispessulani, per nos et nostros damus et concedimus Petro Catelli filio Bernardi Catelli de Podio Ceritano quondam et suis successoribus in eter-

num, jurisdictionem et omnes justicias civiles in castro et villa de Spirano terre Confluentis et terminis ejusdem et in hominibus et feminis ibidem habitantibus et habitaturis presentibus et futuris, ac eciam omnes justicias criminales, scilicet cognicionem et punicionem furtorum omnium in quibus vel pro quibus possit vel debeat infligi pena fustigacionis vel minor et aliorum criminum et vulnerum comissorum et comitendorum in dicto castro et villa ac terminis suis; exceptis inde illis justiciis criminalibus que pertinent ad merum et mixtum imperium, in quibus vel de quibus possit vel debeat infligi mors vel membri abscisio vel pena sanguinis aliqua vel deportacio vel exilium, quas nobis et nostris penitus retinemus. Retinemus eciam quod si homines nostri et successorum nostrorum delinquerent infra predictum castrum vel terminos ejusdem, quod non teneantur respondere pro dicto delicto seu delictis in posse dicti Petri Catelli seu bajuli dicti castri, nisi in posse curie nostre et successorum nostrorum; sed volumus quod idem Petrus Catelli vel bajulus ipsius castri possit homines nostros et nostrorum in predicto castro et villa ac terminis ejusdem delinquentes capere, et ipsos ad curiam nostram et nostrorum in continenti mittere et tradere teneatur. Atque eciam retinemus, quod si homines predicti castri et ville presentes et futuri comitterent aliquid contra nos vel nostros successores, vel contra Vicarios Bajulos seu alios officiales nostros, aut contra familiam nostram et nostrorum successorum, quod teneantur respondere pro dictis delictis seu offensis in posse curie nostre et nostrorum successorum; et salvo et retento semper nobis et nostris omni jurisdiccione et plena potestate, si in dicto Petro Catelli vel bajulo ipsius castri et ville defectus justicie sit.

Item, retinemus quod si homines Villefranche Confluentis, Christiani vel Judei, habeant causam seu causas contra homines dicti castri et ville in curia ejusdem, quod non teneantur solvere aliquas expensas pro judice vel scriptore; nec homines similiter dicti castri et ville teneantur solvere aliquas expensas pro judice vel scriptore curie bajuli Villefranche.

Item, retinemus quod si homines predicti castri et ville vel predecessores eorum erant vel successores eorum erunt in futurum in aliquo, racione mutui vel alicujus contractus, Christianis vel Judeis Villefranche obligati pro dicto Petro Catelli seu suis

dicti castri Dominis principaliter vel secundario aut accessorie, quod teneantur inde respondere in posse nostri et curie Vicarii Confluentis. Mandantes tenentibus locum nostrum, Vicariis, bajulis, judicibus, ceterisque officialibus nostris presentibus et futuris quod predictam concessionem nostram firmam habeant et observent et quod non contraveniant nec aliquem contravenire permittant aliqua racione; et ad maiorem firmitatem omnium premissorum presens instrumentum sigillo nostro pendenti jussimus comuniri. Dat. Maiòricarum, XV°. kal. aprilis, anno Domini M°CCC°.

Sig num Jacobi dei gracia Regis Maiosricarum comitis Rossilioni et Ceritanie et Domini Montispessulani.

Testes sunt, nobilis Petrus Galcerandus de Pinos, Jacobus de Muredine, Guillemus de Podio de Orphila, Raymundus de Caneto domicellus, Berengarius de Calderiis, et Jacobus Catelli judex.

Sig— —num Petri de Calidis qui mandato dicti Domini regis hoc scribi fecit et clausit loco die et anno prefixis.

Transcrit dans le registre intitulé : *Liber notularum Michaelis Fabre annor.* 1608-1609, f°s 119 et 120 (étude de M° Sallens, notaire à Vinça). — Une autre copie, faite le 27 juin 1661, *ex Registro privilegiorum Viccarie Villefranche Confluentis et Capcirii*, f° 39. (Archives de l'église d'Espira.)

IV.

Aquest priviletge conte primerament inmunitat e libertat de justesies e de rercclams de cavalers e de clergues, e de causes que en encant los compren, e de mercaderies de perssones estrayes, e de loguers de misatges e de camareres.

Noverint universi quod coram nobis Sancio dei gracia rege Maioricarum, comite Rossilionis et Ceritanie et Domino Montispelii, humiliter suplicando proposuerunt Guillemus Rippe, Berengarius de Areleuo et Raymundus Mironj fideles nostri Con-

sules Villefranche in Confluente, quod universitas dicte ville et singuli de eadem erant et esse consueverant ab antiquo in munes a justiciis subscriptorum, de quibus per abusum quorumdam nostrorum officialium se dicebant a quibusdam modicis citra temporibus indebite spoliatos, videlicet, quod non solvebant nec solvere debebant justiciam de aliqua demanda data in scriptis curie quousque esset responsum eidem; quodque non solvebant justiciam de retroquerimoniis militum et clericorum nisi sicut e contra, si milites et clerici solvere tenerentur si de aliquo de dicta universitate reconquererentur, quod in fidejussoribus idem esse dicebant. Rursus quod nullam justiciam solvere erant astricti de hiis que in encantis publicis ab extraneis personis emebant; quodque de mercedibus mercenariorum et logueriis nunciorum et ancillarum nullam justiciam consueverant solvere ad antiquo; et quod ad solucionem eorum cogi non debebant per curiam, nisi prius lapsis decem diebus. Quare suplicarunt nobis ut eos ad dictum usum antiquum, quem se probaturos constituerunt, reducere dignaremur.

Nos igitur dictorum consulum dicta suplicacione benigne admissa, eos ad probacionem predictorum duximus admitendos, et comisimus dilecto nostro Petro de Castello, militi, Vicario Confluentis et bajulo Villefranche, ut probaciones dictorum consulum reciperet super istis, et se inde exacta diligencia informaret et informacionem quam inde faceret nobis remiteret sub suo sigillo inclusam, rescribendo nobis super illa suum intentum. Que sic facta fuere; et relacionem nobis faciendam de eis comisimus fideli consiliario nostro discreto Ermengaldo Hominis Dei legum doctori, qui de dicta informacione et meritis ejus nobis et nostro consilio plenam hic fecit relacionem. Qua intellecta, licet videremus dictos consules dictum quem allegabant usum antiquum in aliquo non probasse, volentes tamen eos et dictam universitatem et singulos de eadem prosequi favoribus graciocis, super predictis sic ducimus providendum, videlicet:

Quod cum aliqua peticio seu demanda in scriptis data fuerit curie Villefranche contra aliquem ville ipsius, alia querimonia minime precedente, curia ipsa de dicta peticione copiam mitat illi contra quem oblata fuerit, eique diem assignet ad respondendum illi ad decem dies, si tamen pars agens hoc pecierit et

non alias, infra quos si reus comparuerit et petita confessus fuerit nulla ex hoc justicia debeatur, nisi retroquerimonia postmodum subsequatur. Si vero infra dictos decem dies vel post comparuerit et petita negaverit, inde dicte curie justicia debeatur. Verum si infra dictos decem dies vel post non curaverit comparere, non propter hoc justicia debeatur, nisi demum retroquerimonia subsequatur.

Super justiciis autem retroquerimoniarum militum et clericorum et econtra, sic ducimus ordinandum : quod si aliquis miles vel clericus reconquestus fuerit de aliquo dicte ville, aut si aliquis ville ipsius reconquestus fuerit de aliquo milite vel clerico aut de aliquo habitatore ipsius ville vel aliunde qui nomine fidejussorio militis vel clerici fuerit obligatus, dictus habitator dicte ville subcumbens nullam justiciam incurrat nec solvat, nisi in ea quantitate quam solveret miles vel clericus si subcumberet in eisdem.

De hiis vero que in encantis publicis ementur in dicta villa aut in viis publicis a curritoribus publicis, nolumus querimoniam vel retroquerimoniam inde spectari nec justiciam aliquam inde deberi, sed quod curia, ad instanciam de talibus facientis querelam, tradat illi unum sagionem qui satisfieri faciat ei precise de hiis que sic vendiderit in encantis, plateis vel viis publicis per curritores publicos, ut superius est expressum : Talia enim vendentes non sub spectacione peccunie vendere judicantur, nec emptor aliud debet presumere vel sentire.

Super hiis vero que minutim ementur in dicta villa ab extraneis personis, ut puta una saumada bladii, ligna, pulli, galline, eduli et alia victualia, sic ducimus ordinandum : quod de hiis nulla querimonia expectetur nullaque justicia debeatur, si statim cum talia vendentes venient ad curiam querelantes de emptoribus eorumdem, curia unum sagionem tradat eisdem qui eis satisfieri faciat de predictis absque dilacione quacumque.

In aliis vero rebus et contractibus cum extraneis faciendis, volumus justiciam cadere et deberi, si querela curie inde fiat preterquam de victualibus et aliis superius expressatis et similibus illis.

Ceterum super hiis que tangunt mercenarios et nuncios providere volentes, sic ducimus statuendum : Quod in diurnis mercenariis ac illis qui per septimanam vel mensem seu ultra operas

suas vel animalia locaverint alicui dicte ville; et eciam in salariis nunciorum vel ancillarum qui vel que per medium annum vel citra steterint cum aliquo habitatore Villefranche, super eorum mercede vel logerio nulla querimonia vel retroquerimonia expectetur; nec justicia inde aliqua debeatur, sed cum tales ad curiam venient conquerentes, in mediate curia eis satisfieri faciat de eorum logerio seu mercede, non expectata querimonia nec decem diebus vel minus, cum in talibus paupertati mercenariorum nunciorum et ancillarum debeat provideri et aliorum malicia reffrenari. Si vero aliquis vel aliqua steterit pro nuncio vel ancilla cum aliquo habitatore dicte ville ultra medium annum, et de loguerio suo cum domino cum quo steterit habuerit questionem, de dicto domino suo inde querimoniam et retroquerimoniam curie facere teneatur, et tunc inde justicia curie debeatur et non ante, et facta retroquerimonia, nisi dictus dominus se convenerit cum dicto nuncio vel ancilla mox curia summarie et de plano ac sine quocumque strepitu judicii et figura, faciat justicie complementum dicto querelanti nuncio vel ancille.

Hec itaque omnia ordinamus per in perpetuum dictis consulibus et universitati Villefranche et singulis de eadem firmiter observari ut superius exprimuntur. Mandantes locum nostrum tenentibus et Vicariis, baiulis, aliis officialibus nostris presentibus et futuris, quatenus has nostras ordinaciones et concessiones ac omnia et singula in hac carta contenta, prout superius sunt expressa, predictis consulibus et universitati Villefranche ac singulis de eadem observent firmiter et faciant in perpetuum inviolabiliter observari. In quorum omnium testimonium et firmitatem presenti carte nostrum jussimus appendi sigillum. Quod est actum in Podio Cerdano, pridie idus madii anno Domini M° CCC° Vicesimo Quarto.

Sig num nostri Sancii dei gracia Regis Mayoricarum, comitis Rossilionis et Ceritanie et Domini Montispelii, qui hec predicta omnia laudamus atque firmamus.

Testes sunt, nobilis Petrus de Fonoleto vicecomes Insule,

Beringarius Maynardi canonicus Narbone cancellarius, Ermengaldus Hominis-dei legum doctor, omnes consilarii prefati domini regis, Fferrarius de Caneto maior domus, Dalmacius dominus de Banyullis, Petrus de Pulcro Castro miles, et Jacobus Scuderii notarius.

Ego Jacobus Scuderii notarius preffati domini Regis et eius auctoritate publicus, ipsius speciali mandato hec scribi feci et clausi meo publico solito

(Cartulaire de Villefranche, f° 20.)

J. B. Alart,
Archiviste du département des Pyrénées-Orientales.

BIBLIOGRAPHIE.

Des obligations naturelles en droit romain, par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit. Paris, A. Durand ; 1 vol. in-8° : 7 francs.

A Rome, la volonté seule des citoyens était impuissante à créer des obligations ; toute convention non revêtue des formes prescrites par la loi civile ne pouvait donner naissance à une action. Les auteurs de cette législation avaient pensé, sans doute, que l'obligation étant une chose grave, il ne fallait pas attacher de garantie légale à un consentement donné peut-être inconsidérément, et que pour les hommes de bonne foi, qui avaient eu l'intention sérieuse de s'obliger, les conventions n'avaient pas besoin de la protection de la loi pour être mises à exécution. Cette législation convenait à la politique des Patriciens ; uniques dépositaires des connaissances relatives à la jurisprudence, ils trouvaient dans toutes ces formalités, dont eux seuls avaient le secret, un moyen de maintenir leur influence sur la classe des Plébéiens.

Les contrats reconnus par la loi civile étaient accessibles aux seuls citoyens romains capables de s'obliger ; les étrangers, étant exclus de toute participation au droit civil, ne pouvaient y figurer.

Cependant, au fur et à mesure que Rome étendait ses relations avec les peuples voisins, on sentit la nécessité de rendre certaines conventions accessibles aux pérégrins ; le *jus gentium* commençait à faire sentir son influence ; et, comme le dit Justinien, *Inst.*, liv. I, tit. II, § 2 : *Usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt... ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio*, etc., etc.

D'un autre côté, le Préteur, sans cesse occupé à corriger les rigueurs du droit civil, faisait produire, par des moyens indirects, certains effets à des obligations que la loi civile refusait de sanctionner. Aussi, à côté de l'*obligatio civilis*, les sources du droit romain font souvent mention d'une *obligatio naturalis* [1], qu'elles

[1] Voir D. l. 95, § 4, *De solut. et lib.* L. 25, § 1, *Quando dies leg. ced.* L. 59, *Ad senat. Trebel.* L. 21, *Pr. Ad leg. Falcid.*

désignent encore par les expressions *debitum naturale* [1], *naturaliter tenetur* [2], *naturaliter obligatus* [3], *natura debet* [4].

Dans un excellent traité sur les obligations naturelles, M. Machelard a eu l'heureuse idée de réunir et d'expliquer dans un ordre méthodique tous les textes épars sur cette matière dans le *corpus juris*. Recherchant d'abord quel était le sens attaché par les jurisconsultes romains à l'expression *naturalis obligatio*, notre savant collègue fait observer, avec raison, qu'elle n'était pas toujours employée avec la même signification. Si, le plus souvent, les jurisconsultes comprenaient sous cette dénomination les obligations non sanctionnées par la loi civile, il est cependant incontestable qu'ils se servaient aussi de cette expression pour désigner les obligations dérivant du *jus gentium*, auxquelles le droit civil avait attaché une action [5].

Ce n'est pas à ce dernier point de vue que M. Machelard a étudié les obligations naturelles; son but principal a été de faire connaître les caractères positifs de la *naturalis obligatio*, pour laquelle le droit civil refusait l'emploi des voies coërcitives. Nous aurions, en effet, une idée bien imparfaite de l'obligation naturelle, si nous nous contentions de la caractériser d'une manière négative, en disant que le créancier ne peut saisir le juge de sa prétention. Ce qu'il importait de faire connaître, ce sont les caractères positifs, c'est-à-dire les effets attachés aux obligations naturelles. Ces caractères, dont les principaux sont la défense de répéter le payement même fait par erreur, la faculté d'opposer la dette naturelle en compensation, de pouvoir la faire garantir par des fidéjusseurs et des hypothèques, sont très-nettement exposés aux pages 18 et 19 du traité.

Toutefois, il faut bien se garder de croire que toutes les fois que les textes du droit romain nous révèlent l'existence d'une obligation naturelle, ils entendent y attacher tous les effets indiqués par l'auteur. L'obligation naturelle avait plus ou moins d'énergie, suivant la cause qui lui avait donné naissance. Aussi,

[1] Voir D. l. 64, *De cond. ind.*

[2] Voir D. l. 21, § 2, *De fidej.*

[3] Voir D. l. 5, *pr.*, *De auct. et cons. tut.* L. 14, *De oblig. et act.* L. 13, *De cond. ind.*

[4] Voir D. l. 26, § 12, *De cond. ind.* L. 6, *De compens.*

[5] Voir l. 126, § 2, D. *De verb. oblig.*

chaque fois que M. Machelard reconnaît l'existence d'une obligation naturelle, il a soin de déterminer les effets qui y étaient attachés. Les textes révèlent de nombreuses circonstances dans lesquelles l'obligation naturelle pouvait prendre naissance. L'auteur comprend toutes ces sources sous deux grandes divisions.

Dans la première partie de son livre, il traite des obligations naturelles qui se sont formées avec ce caractère.

Dans la seconde partie, il s'occupe des obligations qui, ayant été formées d'une manière complète et efficace, ont été par des événements postérieurs ramenées à l'état de simples obligations naturelles.

Enfin, dans une troisième partie, il apprécie d'une manière générale l'ensemble des obligations naturelles.

Tâchons de suivre à grands pas notre collègue dans chacune de ses divisions.

Première partie. — *Obligations naturelles qui se formaient avec ce caractère.*

Les obligations naturelles pouvaient se former avec ce caractère, soit à raison de l'inobservation des formes dans les contrats, soit à raison de l'incapacité des contractants; enfin, elles pouvaient dériver d'un devoir moral.

§ 1er. — Inobservation des formes dans les contrats.

1. Le droit civil avait déterminé les conventions qui, sous le nom de *contrats*, pouvaient donner naissance à des obligations; toutes les autres non revêtues des formalités prescrites par la loi étaient reléguées dans la classe des pactes, et ne pouvaient engendrer d'action. *Jure gentium conventiones quædam pariunt actiones, quædam exceptiones. Quæ pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas.* (L. 7, *pr.*, et § 1, D. *De pactis.*) *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* (L. 7, § 4, D. *De pact.*)

Lorsqu'une convention avait été formée en dehors de celles reconnues par la loi civile, devait-on lui refuser toute efficacité; était-elle impuissante à produire tout ou partie des effets atta-

chés aux obligations naturelles? Cette question, qui divise les auteurs anciens et modernes, a fourni à notre savant collègue l'occasion d'une dissertation approfondie sur cette matière. Il admet l'opinion qui reconnaît aux pactes l'efficacité de donner naissance à des obligations naturelles; il réfute d'une manière victorieuse tous les arguments fournis par ses adversaires, ce qui le conduit à expliquer d'une façon très-heureuse certains textes invoqués par les partisans de l'opinion opposée, notamment les lois 27, § 2, D. *De pact.*, et 95, § 4, *De solut. et liberat.*

Ces auteurs ont cru pouvoir abriter leur théorie derrière ce dilemme : Ou le pacte, disent-ils, était à titre onéreux; ou il avait pour but d'arriver à une libéralité; dans le premier cas, la partie qui avait accompli le pacte ne pouvait être obligée naturellement, puisque les textes lui accordaient la faculté de se repentir et d'exercer la *condictio ob pœnitentiam : Sed cum liceat pœnitere ei qui dedit, procul dubio repetitur id quod datum est.* (L. 5, *pr.* D. *De condict. caus. dat. caus.* [1]). Or, le droit de répéter était incompatible avec l'existence d'une obligation naturelle. Si le pacte avait pour but final une libéralité, le promettant pouvait toujours se défendre par l'*exceptio legis Cinciæ*, même répéter lorsqu'il y avait un payement [2]; donc il ne restait aucune place à l'obligation naturelle.

L'examen de la première partie de ce dilemme a conduit M. Machelard à exposer avec précision la théorie des contrats innomés, et à déterminer les limites de la *condictio ob pœnitentiam*, en donnant le véritable sens des lois précédemment citées. Abordant la seconde branche du dilemme, l'auteur a résumé les principes établis par la loi Cincia en matière de donations, et il établit sans réplique que l'argument qu'on veut tirer du paragraphe 266, *Frag. Vat.*, n'aurait de force qu'autant que l'on prouverait que la répétition était admise, quand le pacte de donation avait été exécuté vis-à-vis un *exceptus*. Il est amené à conclure que les pactes étaient à Rome une source féconde des obligations naturelles. Comme il était conforme à l'équité d'exécuter les pactes, que l'équité était la base des obligations naturelles,

[1] Voir encore l. 3, §§ 2 et 3; l. 5, § 1, *De condict. caus. dat.*

[2] Voir *Frag. Vat.*, § 266.

tous les effets, signalés par l'auteur comme l'apanage des obligations naturelles, devaient trouver ici leur place.

§ 2. — Contrats passés par des incapables.

Le droit civil ne pouvait accorder une action pour faire exécuter les contrats passés par des personnes auxquelles, à raison de la constitution politique, il ne reconnaissait pas d'existence civile, ou qu'il avait voulu protéger contre leur faiblesse ou leurs passions, en les déclarant incapables de contracter. Les personnes qui pouvaient se trouver dans cette catégorie étaient les fils de famille, les esclaves, les impubères, les mineurs de vingt-cinq ans, les fous et les femmes.

I. Les contrats des fils de famille pouvaient être envisagés à un double point de vue : 1° au regard des tiers ; 2° au regard du *paterfamilias* et des personnes placées sous sa puissance.

Au premier cas, les fils de famille, bien que ne pouvant posséder de patrimoine, avaient la capacité de contracter et de s'obliger civilement : *Filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur.* (L. 38, D. *De oblig. et act.*)

Toutefois, une restriction avait été apportée à cette capacité. Les usuriers favorisaient souvent les passions des fils de famille, en leur prêtant de l'argent ; le sénatus-consulte Macédonien décida que toute action serait refusée au prêteur d'argent contre le fils de famille, soit pendant la durée de la puissance paternelle, soit même lorsque le fils de famille serait devenu *sui juris*.

Cependant le sénatus-consulte n'était pas appliqué d'une manière absolue à tout prêt d'argent fait à un fils de famille ; le prêteur avait pu être de bonne foi et croire qu'il traitait avec un père de famille. Ceci explique pourquoi le sénatus-consulte procédait tantôt par refus d'action, tantôt par voie d'exception. Mais lorsque le sénatus-consulte devait recevoir son application, le fils de famille ne devait-il pas être tenu naturellement ? La loi romaine refusait la répétition du payement, *quia naturalis obligatio manet*. Faisons remarquer toutefois que cette obligation naturelle était loin de produire tous les effets que nous avons précédemment signalés. Tant que le fils de famille conservait cette qualité, il ne pouvait par aucun moyen confirmer cette obligation ; le payement était sujet à répétition, l'hypothèque était sans

effets, les fidéjusseurs eux-mêmes pouvaient invoquer le sénatus-consulte. Nous ne suivrons pas l'auteur dans l'examen de chacune des difficultés que présentait l'application du sénatus-consulte ; qu'il nous suffise de dire que toutes les questions sont traitées avec une profonde érudition, et que rien n'a échappé à sa sagacité.

Dans ses rapports avec le *paterfamilias* et les personnes placées sous la même puissance, le fils de famille ne pouvait s'obliger civilement, l'unité de patrimoine ne pouvait permettre l'existence d'obligations civiles entre personnes *ex eadem familia*, il n'y avait pas de dette civile, parce qu'il n'y avait pas d'action possible ; mais l'obligation civile seule faisait défaut, l'obligation naturelle était reconnue avec tous les effets qui y sont en général attachés.

II. *Esclaves.* — A la différence du fils de famille, l'esclave ne pouvait pas plus s'obliger civilement envers les étrangers qu'envers le maître et les personnes placées sous la même dépendance. *Servus nullum caput habet : in personam servilem nulla cadit obligatio.* Il n'y avait d'exception à ce principe que pour les obligations *ex maleficio. Servi ex delictis obligantur, et si manumittantur obligati remanent.* (L. 14, D. *De oblig. et act.*)

L'état de l'esclave ne pouvait le soustraire aux conséquences de son délit ; seulement, tant que durait l'esclavage, l'action était dirigée contre le maître, qui pouvait se libérer en abandonnant l'esclave. Après l'affranchissement, l'esclave était tenu directement : *at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur.* (*Inst.*, liv. IV, tit. VIII, § 5.)

Si l'esclave ne pouvait contracter d'obligations civiles, les textes sont unanimes pour nous le présenter comme obligé naturellement. *Ex contractibus civiliter non obligantur, sed naturaliter obligantur et obligant.* (L. 14, D. *De oblig. et act.*)

L'affranchissement ne pouvait, en donnant à l'esclave la vie civile, modifier son obligation, elle persistait avec son caractère d'obligation naturelle.

A côté de la capacité propre à l'esclave, il pouvait recevoir de son maître une certaine aptitude à contracter des obligations civiles : c'est ce qui avait lieu lorsque le maître lui avait constitué un pécule. Dans ce cas, le créancier avait deux débiteurs, le maître, obligé civilement dans les limites de la va-

leur du pécule, et l'esclave tenu d'une obligation naturelle. Ces deux obligations avaient chacune leur destinée distincte, de telle sorte que les événements qui modifiaient l'une, ou l'éteignaient, étaient sans influence sur l'autre.

L'obligation naturelle des esclaves pouvait exister soit au regard d'étrangers, soit au regard du maître lui-même. M. Machelard nous fournit les plus riches détails sur cette double situation. La position de l'esclave est examinée successivement au regard du maître et des étrangers, pendant la durée de l'esclavage et après l'affranchissement.

Il paraît difficile de comprendre l'existence de créances naturelles en la personne de l'esclave, en présence du principe qui fait profiter le maître de toutes les acquisitions de ses esclaves. Cependant les sources du droit nous représentent les esclaves comme pouvant avoir des créances naturelles ; il faut, pour se rendre compte de ces créances, se placer dans une hypothèse où le maître ne pouvait acquérir la créance, parce qu'il s'était constitué débiteur.

Cette obligation du maître envers l'esclave produisait ses effets au profit des tiers même pendant la durée de l'esclavage ; elle venait accroître la valeur du pécule, sur lequel ils pouvaient exercer l'action *de peculio*.

Au regard du maître, elle était sans effet, celui-ci pouvant toujours retirer le pécule à volonté. Mais après l'affranchissement, si le pécule n'avait pas été retiré, elle produisait tous les effets de l'obligation naturelle.

III. *Pupilles*. — L'incapacité des pupilles reposait sur la présomption qu'ils avaient agi sans discernement lorsqu'ils avaient agi sans l'*auctoritas tutoris*, la loi civile ne pouvait donc reconnaître cette obligation ; *namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore.* (*Inst.*, liv. I, tit. XXI, *pr.*)

Cette règle toutefois ne concernait que les contrats ; quant aux obligations dérivant des délits, il n'y avait pas à se préoccuper de l'*auctoritas tutoris*, il fallait seulement rechercher si le pupille avait eu conscience de l'acte qu'il avait commis.

Tant que le pupille était dans cet état, il ne pouvait par aucun acte, pas même par une exécution volontaire, valider son engagement : *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti*

promiserit, solverit, repetitio est : quia nec natura debet (L. 41, D. *De cond. ind.*) ; la même doctrine est reproduite dans la loi 59, D. *De oblig. et act.*

Cependant d'autres textes et en très-grand nombre [1] faisaient produire aux engagements des pupilles la plupart des effets attachés aux obligations naturelles. Ces textes ont soulevé de vives controverses, ils ont donné naissance à plusieurs systèmes que M. Machelard a examinés avec le plus grand soin. Il se prononce en faveur de l'obligation naturelle des pupilles, en reconnaissant toutefois que les jurisconsultes auraient bien pu être divisés sur la question. et que, tant que durait l'impuberté, les pupilles ne pouvaient par aucun acte valider leur obligation ; seulement cette obligation pouvait être cautionnée, servir de base à une hypothèque, à un constitut, à une novation.

IV. *Mineurs de vingt-cinq ans.* — Si les impubères étaient incapables de s'obliger, il en était tout différemment des pubères, quel que fût leur âge. Mais plus tard une loi *Plaetoria* ayant introduit une distinction entre les pubères mineurs ou majeurs de vingt-cinq ans, les premiers purent avoir des curateurs et même obtenir du Préteur la restitution des engagements souscrits en minorité ; alors s'éleva la question de savoir dans quelle mesure les mineurs de vingt-cinq ans pouvaient s'obliger civilement ou naturellement. Lorsque le mineur n'était pas pourvu de curateur, il conservait toute sa capacité, il était obligé civilement ; mais au moyen de la *restitutio in integrum*, il se trouvait dégagé des liens de son obligation ; continuait-il à être tenu naturellement ?

M. Machelard le pense ; « On ne saurait, dit-il, décider le contraire, sans taxer d'inconséquence les jurisconsultes romains; car si à leurs yeux l'impubère était obligé naturellement, bien qu'il ne se fût pas enrichi, on ne peut refuser une égale capacité au pubère qui se trouve dans une position analogue. » Cette solution, que l'auteur n'appuie sur aucun texte, peut donner lieu à de sérieuses objections. En effet la restitution n'était accordée que *causa cognita;* or, il peut paraître étrange que lorsque le mineur avait été jugé digne d'être restitué et affranchi de son obligation, celle-ci pût encore conserver la demi-efficacité at-

[1] Voir l. 95, § 2, D. *De solut. et lib.*; 25, § 1, *Quando dies leg. ced.*; 21 *pr.*, *Ad Leg. Falcid.*; 1, § 1, *De nov. et deleg.*

tachée aux obligations naturelles. Sans doute le mineur pouvait renoncer au bénéfice de la restitution [2]; mais à part l'exécution volontaire, il paraît difficile d'accorder d'autres effets à l'obligation du mineur après la restitution.

Lorsque le mineur était pourvu d'un curateur, pouvait-il encore s'obliger civilement? les textes paraissent-être en désaccord sur ce point [2]. M. Machelard donne de ces textes une conciliation historique; à l'époque où écrivait Modestin, le mineur n'était pas encore privé de la capacité de contracter, mais plus tard la force des choses conduisit à décider que celui qui ne pouvait pas administrer ne pouvait pas s'obliger. Cette interprétation nous paraît très-acceptable. Dans tous les cas, il est certain que le mineur pouvait s'obliger naturellement.

V. *Prodigues et insensés.*— Le prodigue, comme le fou, pouvait être tenu des obligations qui se formaient *re*, indépendamment du consentement du débiteur [3]. Le prodigue ne pouvait contracter civilement, c'était la conséquence de l'interdiction prononcée contre lui : *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (Paul, *Sent.*, liv. III, tit. IV, § 7.) Mais les contrats passés par un prodigue ne pouvaient-ils pas l'obliger naturellement? L'affirmative est admise par notre savant collègue. Cependant cette opinion est en désaccord avec la loi 6 D. *De verb. oblig.*, qui porte : *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari : et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.* M. Machelard oppose à ce texte la loi 25 D. *De fidej.* Elle appartient, comme la précédente, à Ulpien; elle porte : *Marcellus scribit si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove, vel furioso fidejusserit; magis esse ut ei non subveniatur; quoniam his mandati actio non competit.* Si on laisse ce texte tel qu'il est, Ulpien déciderait bien que le fidéjusseur ne peut se faire décharger de son obligation, *magis esse ut ei non subveniatur*; mais le motif ne serait pas en harmonie avec la solution. En effet, c'est, dit-il, *quoniam his mandati actio non competit*, c'est-à-dire que l'action de mandat n'appartient pas au

[1] Voir l. 41, D. *De minor.*

[2] Voir l. 101, D. *De verb. oblig.* L. 3, Cod. *De in integ. rest. min.*

[3] Voir l. 46, D. *De oblig. et act.*

fou et au prodigue contre le fidéjusseur; or, dans aucun cas le débiteur principal ne peut avoir d'action de mandat contre le fidéjusseur; c'est celui-ci, au contraire, qui a cette action contre le débiteur. Il faut donc avec Noodt lire le texte de la manière suivante : *Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit ; magis esse ut his non subveniatur; quoniam ei mandati actio non competit.* Ainsi restitué, ce texte signifie que le fou, le prodigue, le pupille n'avaient pas besoin de la restitution en entier, *magis esse ut his non subveniatur;* et cela, parce qu'ils n'ont pas à craindre l'action de mandat de la part du fidéjusseur, *quoniam ei mandati actio non competit.* Ulpien, dans la loi 25, D. *De fidej.*, ne traitait pas une question de validité de cautionnement, mais bien une question de restitution en entier ; il suffit pour s'en convaincre, de rapprocher l'inscription de cette loi de celles des lois 13 et 16, *De min.*; toutes trois sont tirées du livre XI *Ad edict.* dans lequel Ulpien traitait de la restitution pour cause de minorité. Aussi dans la loi 16, *De min.*, Ulpien examine la même question que dans la loi 25, *De fidej.*, et il décide que si l'obligé, *communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, ut puta cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate.* Si nous écartons du débat la loi 25, D. *De fidej.* (et on ne peut pas admettre facilement qu'Ulpien soit en contradiction avec lui-même), il restera la loi 6, D. *De verb. oblig.*, qui refusait aux engagements des prodigues les effets attachés aux obligations naturelles. Ajoutons que cette incapacité dérivant de la sentence d'interdiction prononcée par le Préteur lui-même, on conçoit très-bien qu'il ne devait faire produire aucun effet à l'engagement formé au mépris de cette interdiction.

Ce que nous venons de dire du prodigue s'applique à plus forte raison au fou ; car de deux choses l'une, ou il a contracté dans un intervalle lucide, et alors il est tenu civilement, ou il a contracté dans un moment de folie, alors il n'y a pas de consentement, il ne peut y avoir ni obligation civile, ni obligation naturelle. Sur ce point, Gaïus dans la loi 70, § 4, *De fidej.*, est d'accord avec Ulpien dans la loi 6, *De verb. oblig.* Cette loi porte : *Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est.* Gaïus déclare qu'il est certain que l'obligation du fou ne pouvait être cautionnée ; il vient donc confirmer l'inter-

prétation que nous avons donnée de la loi 25, *De fidej.*; puisqu'il est certain que l'obligation du fou ne peut être cautionnée, la loi 25, *De fidej.*, ne s'occupe pas d'une question de validité de cautionnement. Aussi, pour être conséquent avec lui dans l'interprétation donnée à la loi 25, *De fidej.*, au sujet des prodigues, M. Machelard est conduit à décider, contrairement aux lois 6, *De verb. oblig.*, et 70, § 4, *De fidej.*, que l'engagement du fou pouvait être garanti par un fidéjusseur. Malgré toutes les restrictions dont l'auteur entoure sa solution, elle nous paraît difficile à justifier.

VI. *Femmes.* — Le sénatus-consulte Velléien avait protégé les femmes contre les engagements qu'elles avaient souscrits pour autrui, l'obligation civile était repoussée par l'exception *senatus-consulti Velleiani*, mais cette exception laissait-elle place à une obligation naturelle? La négative ne paraît pas douteuse, *quia totam obligationem senatus improbat.* (L. 16, § 1, *Ad senat. Vellei.*) Cependant la femme pouvait exécuter volontairement cette obligation [1].

§ 3. — Obligations naturelles fondées sur l'accomplissement d'un devoir moral.

Les sources du droit romain refusent, dans certains cas, le droit de répéter une prestation faite par erreur, elles en donnent pour motif l'existence d'un devoir moral. Ce refus avait lieu à propos des services rendus par l'affranchi à son patron, et de la dot constituée par la mère à sa fille. Ulpien, pour le premier cas, déclarait que l'affranchi était tenu naturellement : *natura enim operas patrono libertus debet.* (L. 26, § 4, *De cond. ind.*) Julien, pour le second cas, refusait la répétition, parce que *sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa ex qua solutum non repetitur*, (L. 32, § 4, *De cond. ind.*)

Doit-on ranger ces obligations dans la classe des obligations naturelles? Il nous semble que, dès l'instant où les textes refusent d'autoriser la répétition du payement même fait par erreur, on ne saurait refuser à ces obligations le caractère d'obligations naturelles, et M. Machelard nous paraît être dans la vérité en décidant que, sauf la compensation, elles produisaient tous les autres effets attachés aux obligations naturelles.

[1] Voir l. 8, § 10, *Ad senat. Vell.*

CHAPITRE II. — OBLIGATIONS NATURELLES SURVIVANT A LA DISPARITION DE L'OBLIGATION CIVILE.

Les sources du droit romain nous signalent des cas assez nombreux dans lesquels une obligation, complète et efficace à son origine, était éteinte en vertu du droit strict, tout en conservant la demi-efficacité attachée aux obligations naturelles. Les événements qui pouvaient amener ce résultat sont groupés par M. Machelard sous six paragraphes.

L'obligation civile pouvait être éteinte : 1° par la confusion ; 2° par la *capitis diminutio* du débiteur ; 3° par la *litiscontestatio ;* 4° par la prescription ; 5° par la condamnation du débiteur jusqu'à concurrence de ses facultés ; 6° enfin, le débiteur pouvait être déchu de sa créance à titre de peine. Dans chacun de ces cas, l'obligation civile était éteinte, tout le monde en est d'accord ; mais l'obligation naturelle survivait-elle également à chacune de ces causes d'extinction de l'obligation civile ? On est loin de s'entendre à cet égard. Tâchons de résumer brièvement la doctrine de l'auteur sur ces divers points.

I. *Confusion.* — Les qualités de créancier et débiteur étaient incompatibles dans la même personne ; il en résultait que si le créancier succédait au débiteur ou *vice versa*, la créance était éteinte. Cependant, la législation romaine était loin d'assimiler la confusion au payement ou à l'acceptilation : la confusion créait plutôt une impossibilité d'agir qu'elle n'éteignait l'obligation. Aussi, lorsqu'il existait plusieurs *correi promittendi*, la confusion, opérée dans la personne du créancier et de l'un d'eux, ne libérait pas les autres. (L. 71, pr., D. *De fidej.*) Mais, si le créancier qui avait succédé au débiteur ne pouvait conserver une créance civile, conservait-il au moins une créance naturelle ? Cette question peut paraître assez étrange lorsqu'il n'existait qu'un seul créancier et un seul débiteur ; elle n'était cependant pas sans intérêt. La créance devait figurer dans l'actif de la succession pour le calcul de la Falcidie, lorsque le débiteur avait succédé au créancier ; comme elle figurait au passif, si c'était le créancier qui avait succédé à son débiteur [1].

[1] Voir l. 1, § 18, *Ad leg. Falc.*

. Mais l'intérêt se faisait surtout sentir lorsque la confusion venait à cesser, ce qui pouvait arriver lorsque l'institution d'héritier tombait soit par la *querela inofficiosi testamenti*, soit par la possession de biens *contra tabulas*, ou lorsque l'héritier institué n'était qu'un fiduciaire. Il paraîtrait équitable dans ces hypothèses de faire revivre complétement l'ancienne créance ; c'est ce qui avait lieu dans le cas de plainte d'inofficiosité, *nam intestatum patremfamilias facit.* (L. 6, § 1., *De inoff. test.*) Dans d'autres cas, la confusion continuait à produire son effet ; c'est ce qui arrivait au fiduciaire qui avait restitué l'hérédité. Cependant, l'obligation naturelle n'était pas éteinte, cela résulte très-certainement de la loi 59, D. *Ad. sen. Treb.* Quel que soit, en effet, le parti qu'on adopte sur l'interprétation de cette loi qui a vivement occupé les commentateurs, et dont M. Machelard nous paraît avoir donné uue excellente explication, toujours est-il que le jurisconsulte Paul déclare formellement que l'hypothèque subsistait nonobstant la confusion ; ce qui est un caractère incontestable de la survivance de l'obligation naturelle.

La confusion pouvait encore compromettre le sort de la créance à un autre point de vue ; c'est lorsqu'elle s'était opérée dans la personne du débiteur et du fidéjusseur. L'obligation du fidéjusseur se trouvait absorbée par celle du débiteur. Africain, dans la loi 38, § 5, D. *De solut. et lib.*, est conduit à décider que si le fidéjusseur avait donné un sous-fidéjusseur, l'obligation de celui-ci était également éteinte, et cependant le même jurisconsulte décidait que si le fidéjusseur avait donné une hypothèque, elle continuait à subsister. M. Machelard fonde le maintien de l'hypothèque sur ce que l'obligation fidéjussoire n'était pas entièrement effacée ; mais alors comment comprendre que le sous-fidéjusseur soit libéré ? Ces deux solutions d'Africain ne nous paraissent pas être en parfaite harmonie.

II. *Capitis diminutio.* — La *capitis diminutio* du débiteur, détruisant la personne civile, ne pouvait laisser subsister l'obligation du débiteur. (G. IV, § 38 ; L. 2, D. *De cap. min.*) Toutefois, la *minima capitis diminutio* ne pouvait détruire le *vinculum æquitatis ;* aussi Ulpien, L. 2, § 2, *De cap. min.*, nous dit : *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quæ capitis diminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter.*

Le droit prétorien était même allé plus loin ; au moyen

d'une action fictive, il permettait d'atteindre les biens entre les mains des nouveaux propriétaires.

III. *Litiscontestation*. — Gaïus, au livre III, § 180, nous dit que *litis contestatione tollitur obligatio :* tantôt cette extinction s'opérait *ipso jure*, tantôt au moyen de l'exception *litis in judicium deductæ*. Après avoir résumé avec grand soin les conditions pour l'extinction *ipso jure* et *exceptionis ope*, M. Machelard compare la novation volontaire avec la litiscontestation, à laquelle il donne, avec la plupart des auteurs, la qualification de novation judiciaire [1]. La première éteint l'obligation primitive avec tous ses accessoires, sans même laisser subsister d'obligation naturelle ; la seconde permet au créancier de conserver les hypothèques attachées à l'ancienne créance; car, comme le dit Paul, L. 29, D. *De nov. Neque deteriorem nostram causam facimus, actionem exercentes, sed meliorem.* Cependant, ce principe souffrait une exception en ce qui concernait les fidéjusseurs, ils étaient libérés par la litiscontestation engagée avec le débiteur principal. Comment se rendre compte de la conservation des autres garanties et de l'extinction de la fidéjussion? M. Machelard trouve la solution de cette difficulté dans l'unité de l'obligation contractée par le débiteur et le fidéjusseur, combinée avec les principes de la novation judiciaire ; on conçoit, en effet, que, s'il n'y a qu'une seule obligation et qu'elle soit éteinte à l'égard de l'un des obligés, elle doive l'être à l'égard de l'autre [2]. Il n'y a pas contradiction entre cette décision et celle relative à la conservation des hypothèques, car la novation ne pouvait atteindre l'action dérivant de l'hypothèque.

Si la litiscontestation éteignait l'action civile, elle laissait subsister l'obligation naturelle ; il serait même assez difficile de

[1] Dans son remarquable commentaire sur le titre *De duobus reis*, M. Demangeat refuse de voir dans la litiscontestation une novation judiciaire, il la considère comme un mode *sui generis* d'extinction des obligations. Cependant le paragraphe 167 des *Frag. Vat.* semble bien attacher à la litiscontestation l'idée d'une novation judiciaire, puisqu'il porte : *Aut inchoatis litibus actiones novavit.*

[2] M. Demangeat assimile l'obligation correale, ainsi que celle du débiteur principal et du fidejusseur, à une obligation alternative ; de même que l'objet choisi reste seul dans l'obligation, de même le débiteur contre lequel les poursuites ont été dirigées reste seul tenu (voir p. 72 de son Commentaire). Ce point de vue est susceptible de graves objections.

comprendre comment les hypothèques pourraient survivre à la litiscontestation, si l'obligation naturelle était éteinte. Mais, indépendamment de la conservation des garanties accessoires attachées à l'ancienne créance, M. Machelard fait ressortir l'utilité pratique de l'existence de l'obligation naturelle, dans les cas assez nombreux dans lesquels, le créancier n'ayant pu obtenir jugement dans les délais légaux, son action était définitivement éteinte, *cum tempore litem amisit.* (L. 30, § 1, *Ad leg. Aquil.*) Cette partie du traité abonde en détails intéressants et en aperçus ingénieux.

L'auteur termine par l'examen d'une question célèbre et très-débattue, celle de savoir si le jugement d'absolution laisse subsister l'obligation naturelle. Il se prononce pour la négative; il lui paraît impossible de faire produire un effet quelconque à cette obligation naturelle, sans renverser l'autorité de la chose jugée. Cette question, comme le fait observer M. Machelard, ne se serait probablement jamais élevée sans le texte de la loi 60, *De cond. ind.*, qui porte : *Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec condemnatus nec absolutus repetere posset; licet enim absolutus sit natura tamen debitor permanet.*

Il paraît tout d'abord difficile de nier l'obligation naturelle, en présence du *natura debitor permanet;* mais, d'un autre côté, comment concevoir la qualification de *verus debitor* donnée à celui qui peut invoquer à son profit un jugement d'absolution ? Ne faudrait-il pas, pour arriver à ce résultat, faire réviser le premier jugement? « Pour résoudre le problème contenu dans la loi 60, dit M. Machelard, il faut qu'il soit permis de qualifier quelqu'un de *debitor,* sans manquer au respect dû à la chose jugée qui s'est traduite en une absolution. En droit romain, cette position, qui paraît impliquer contradiction, pouvait se rencontrer dans plus d'une circonstance. » L'auteur cite plusieurs exemples ; il nous suffira d'en rapporter un : Le créancier poursuit contre son débiteur le payement d'une créance; celui-ci lui oppose une exception *pacti*, fondée sur ce que le créancier était convenu de ne rien demander avant cinq ans, le débiteur sera absous en raison de la plus-pétition *tempore;* mais il ressort du moyen par lui invoqué qu'il est *verus debitor.* Dans ce cas et autres semblables, le jugement d'absolution laissait subsister l'o-

bligation naturelle ; mais il est impossible d'admettre qu'il en fût de même lorsque le juge avait déclaré que le défendeur ne devait rien. Cette interprétation de la loi 60 nous paraît devoir terminer tout débat sur ce point.

IV. *Prescription.* — Le droit primitif n'admettait pas que le temps pût mettre fin aux obligations ; les actions ne pouvaient donc s'éteindre, parce que le créancier avait gardé le silence plus ou moins longtemps. La loi *Furia* avait établi une exception pour les *sponsores* et les *fidepromissores ;* d'un autre côté, le droit prétorien, en créant des actions, avait dans la plupart des cas limité leur durée à un an ; enfin, une constitution de Théodose le Jeune [1] a soumis toutes les actions à la prescription trentenaire. L'extinction de l'action, dans ces diverses hypothèses, laissait-elle subsister une obligation naturelle ? Il est peu de questions aussi controversées, et pour lesquelles les textes soient moins précis. Elle a été de la part de M. Machelard l'objet d'un examen approfondi ; prenant successivement chacun des effets attachés aux obligations naturelles, il s'efforce d'établir qu'aucun d'eux ne peut survivre à la prescription de l'action [2].

L'auteur éprouve cependant un certain embarras à concilier sa doctrine, en ce qui concerne la prescription trentenaire, avec la constitution de Théodose, qui, tout en limitant à trente ans la durée de l'action personnelle, laissait subsister l'action hypothécaire.

V. *Bénéfice de compétence.* — Le droit romain imposait quelquefois au créancier l'obligation de traiter avec ménagements son débiteur : il ne pouvait obtenir contre lui de condamnation que jusqu'à concurrence de ses facultés. D'après les principes exposés sur la *litiscontestation*, la créance civile était éteinte, puisqu'elle avait été déduite *in judicium* pour le tout. Il est bien vrai que, dans certains cas, le créancier pouvait exiger du débiteur une promesse de payement s'il revenait à meilleure fortune [3] ; mais si cette promesse n'avait pas eu lieu, et dans les cas où elle ne pouvait être exigée, l'action était éteinte, l'obligation

[1] Voir l. 3, Cod., *De præscript. trig. vel quad.*

[2] M. de Savigny (*Traité de droit romain*, traduction de M. Guénoux, t. V, p. 410 et suiv.), en suivant le même procédé, donne sur tous les effets une solution contraire.

[3] Voir l. 63, § 4, D. *Pro soc.* L. un., Cod., *De rei uxor. act.*

naturelle restait avec les effets les plus étendus attachés aux obligations naturelles.

VI. *Déchéance de la créance à titre de peine.* — Le droit romain infligeait dans certains cas, au créancier, la perte de sa créance à titre de peine. Ainsi, le magistrat qui, dans l'exercice de sa juridiction, s'était écarté des règles anciennes pour se permettre quelque innovation, devait, pour ses propres affaires, subir l'application du principe qu'il avait posé, ainsi que celui qui en avait profité [1]. Le créancier qui avait employé la violence pour se payer par ses propres mains, celui qui avait essayé de corrompre le juge, celui qui avait cédé son droit à une personne puissante, étaient déchus de leur créance [2].

Lorsque le créancier d'un droit litigieux avait cédé sa créance, le débiteur cédé était admis à écarter le cessionnaire, en lui remboursant le prix de sa cession [3]; pour l'excédant de l'obligation, le débiteur était libéré. Le tuteur ou curateur qui avait contrevenu aux prescriptions de la novelle LXXII, était également déchu de sa créance. Dans tous ces cas, l'obligation civile était éteinte. Subsistait-il encore une obligation naturelle? Dans la première hypothèse, on ne peut nier la persistance de l'obligation naturelle. En effet, Julien refusait la répétition du payement, même fait par erreur [4]. Dans tous les autres cas, M. Machelard ne reconnaît pas, et avec juste raison, d'obligation naturelle pouvant produire d'effets sans la volonté du débiteur. Ainsi, dans tous les cas, le payement volontaire sera seul possible.

CHAPITRE III. — GÉNÉRALISATION.

Après avoir terminé l'examen des différentes hypothèses dans lesquelles la législation romaine reconnaissait l'existence d'obligations naturelles, après avoir établi que toutes n'avaient pas la même énergie et ne pouvaient produire les mêmes effets, M. Machelard se demande s'il n'est pas possible de leur trouver un

[1] Voir l. 1, § 1; 3, § 2, D. *Quod quisq.*

[2] L. 12, § 2, D. *Quod met. caus.* L. 1, § 3, D. *De calum.* L. 2, § 2, D. *De cond. ob turp. caus.* L. 1–3, Cod., *Ne lic. pot.*

[3] L. 22 et 23, Cod., *Mand.*

[4] L. 3, § 7, *Quod quisque jur.*

caractère commun, et qui sera le *criterium* de l'obligation naturelle. Ce *criterium*, il le trouve dans la possibilité d'un payement volontaire. Voici comment il s'exprime, page 527 de son traité : « A nos yeux, il faut dire que partout où un payement est possible, où une prestation effectuée pourra être envisagée comme l'extinction d'une dette, cela suffira pour qu'on soit fondé à prétendre qu'il y avait une obligation au moins naturelle. » Il nous semble difficile d'admettre que ce soit le point de vue auquel s'étaient placés les jurisconsultes romains pour caractériser l'obligation naturelle. Prenons pour exemple la femme qui avait contracté contrairement au sénatus-consulte Velléien; les textes semblent exclure toute idée d'obligation naturelle. En effet, la loi 16, § 1, D. *Ad sen. Vell.*, refuse tout effet à la fidéjussion, lors même que le fidéjusseur ne pourrait avoir de recours contre la femme, par le motif, que *totam obligationem senatus improbat*. Par application de ce principe, si un créancier succède à la femme qui s'était obligée envers lui pour autrui, il peut obtenir la restitution contre son ancien débiteur, *cum non obligatæ cum effectu successerit ;* cette dette ne pourra figurer dans le calcul de la Falcidie, *denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur*. (L. 8, § 12, *Ad senat. Vell.*)

Ces textes et beaucoup d'autres s'accordent pour ne pas considérer la femme comme obligée naturellement ; cependant elle pouvait faire un payement volontaire, et renoncer par là même au bénéfice du sénatus-consulte [1]. Il serait encore facile de citer plusieurs cas dans lesquels les jurisconsultes romains ne considéraient pas un payement volontaire comme une donation, sans envisager ce payement comme l'acquittement d'une dette naturelle. Je citerai celui prévu par la loi 5, § 15, D. *De don. int. vir. et ux : Si quis rogatus sit præcepta certa quantitate uxori suæ hereditatem restituere, et is sine deductione restituerit, Celsus libro Digestorum scripsit, magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum, quam donasse videri, et rectam rationem huic sententiæ Celsus adjecit, quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant,* etc. Si les jurisconsultes avaient considéré ce payement comme l'exécution d'une obliga-

[1] L. 8, § 10, *Ad senat. Vell.*

tion naturelle, ils l'auraient déclaré sans recourir à d'autres motifs pour exclure l'idée d'une donation entre époux. M. Machelard l'avait d'abord ainsi pensé ; car, après avoir discuté la question très-controversée de savoir si le jugement d'absolution laisse subsister une obligation naturelle, il déclare que si le débiteur, reconnaissant l'injustice de la sentence, paye volontairement ce qu'il pouvait se dispenser de payer, il aura tenu une conduite honnête, ce payement ne sera pas soumis aux règles des donations. Puis il continue, page 414 de son Traité : « Mais est-il possible de donner à l'obligation qui survivrait à un mal jugé une sanction indépendante de l'adhésion du débiteur, *d'élever cette obligation au rang de celles que le droit romain appelle obligations naturelles*, en ce sens que, à défaut de la ressource d'une action, le créancier peut du moins, à la faveur de certaines circonstances, triompher de la mauvaise volonté du débiteur? » Nous sommes ici d'accord avec notre collègue, l'obligation naturelle révèle chez les jurisconsultes romains l'idée d'une obligation qui peut être ramenée à exécution en dehors de la volonté du débiteur. Dans tous les cas où ils reconnaissent une obligation naturelle proprement dite, ils reconnaissent aussi la validité du payement fait même par erreur. Ce n'était certainement qu'à raison des effets indépendants de la volonté des parties, que les jurisconsultes examinaient avec tant de soin les cas dans lesquels il existait une obligation naturelle. Lorsqu'il y avait eu un payement volontaire, il ne pouvait y avoir lieu à la répétition ; seulement, dans certains cas, on pouvait se demander si ce payement ne constituait pas une donation prohibée.

Recherchant la cause qui avait fait admettre dans la législation romaine deux classes d'obligations, M. Machelard a la place, avec la plupart des auteurs qui ont écrit sur cette matière, dans le *jus naturale*, moins rigoureux et moins formaliste que le droit civil. Ce point de vue, bien que contesté par des auteurs modernes, est le seul qui nous paraisse rationnel. Il est en parfaite harmonie avec la constitution politique romaine, où, à côté d'une législation formaliste, se trouve placé un magistrat chargé de tempérer les rigueurs du droit civil par les principes de l'équité.

Ici s'arrête notre examen du livre de M. Machelard. Lorsque quelques opinions nous ont paru controversables, nous ne l'avons pas dissimulé ; mais aussi nous aimons à proclamer que

ce nouveau traité n'est ni moins intéressant, ni moins instructif que son très-remarquable travail sur le droit d'accroissement.

C. LACOMME,
Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par A. BATBIE, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris; t. Ier. Introduction générale.— Paris, Cotillon ; 1 vol. in-8° : 9 francs.

Bien que la science spéciale du droit administratif ne date guère que d'un demi-siècle, elle possède déjà une littérature considérable, et, à voir le grand nombre de traités qui s'accumulent sur ce sujet, l'on est tenté d'abord de se demander si ce traité nouveau ne sera pas, comme tant d'ouvrages sur des sujets rebattus, nouveau seulement par sa date et par le nom de son auteur. Hâtons-nous de dire qu'il n'en est rien : M. Batbie a su faire un livre neuf après ses nombreux devanciers, neuf non-seulement par l'ingénieuse distribution des matières et la distinction de la forme, mais surtout, ce qui est plus rare et ce que je tiens surtout à signaler, neuf par la méthode. Cette méthode, annoncée plutôt que réalisée dans ce premier volume, qui n'est encore qu'une simple introduction en forme de précis élémentaire, consiste surtout à remplacer l'exposition purement dogmatique ou exégétique du droit positif par une exposition *critique*. « Le jurisconsulte complet, dit M. Batbie, est celui qui sait comparer les lois positives avec le droit naturel, qui, après avoir bien compris un texte et aperçu ses conséquences pratiques, juge s'il est ou non conforme à une loi plus haute, et répond à la voix du philosophe qui lui montre la règle d'appréciation. » Et cette règle d'appréciation, M. Batbie ne la demande pas seulement au droit philosophique, mais encore à l'économie politique et à l'examen comparé des législations étrangères. Il est peut-être bien des gens à qui cet appareil scientifique paraîtra d'une utilité douteuse, et qui se demanderont s'il est bien nécessaire, pour entendre la loi qui nous gouverne, d'aller s'enquérir des lois étrangères, de l'économie politique et du droit naturel. M. Batbie saura répondre à ces doutes dans le cours de son ouvrage, comme on a répondu à ceux qui doutaient du mouvement, en marchant. Mais en attendant qu'il nous ait donné

cette démonstration victorieuse, je voudrais, dans ces quelques lignes, rechercher par avance quel secours ces sciences auxiliaires pourront lui prêter.

L'étude des lois étrangères ne sert pas seulement à nous faire connaître le droit de nos voisins, elle nous fait comprendre le nôtre. Ce n'est pas, en effet, au sein même des lois et de la pratique qui nous régissent que nous sommes bien placés pour les observer et les juger ; rien n'échappe plus aisément à l'observation que ce qu'on a toujours sous les yeux ; l'institution la plus arbitraire nous paraît nécessaire et naturelle dès qu'elle a passé dans nos habitudes. Nous sommes, en quelque sorte, placés trop près de nos lois pour les bien voir ; il en est comme d'un vaste monument, dont l'ensemble et les proportions ne s'aperçoivent qu'à distance. C'est en nous transportant dans les législations les plus éloignées de la nôtre, la législation anglaise par exemple, que nous trouverons le vrai point d'observation pour découvrir les traits généraux de notre droit et en saisir l'esprit et le caractère.

Il est, je le sais, des personnes qui poussent l'amour-propre national jusqu'à vouloir ne rien emprunter de l'étranger, qui tiennent pour suspect tout ce qui a passé le Rhin ou le détroit, et qui élèveraient volontiers, contre toute idée importée du dehors, une sorte de rempart protectioniste. Nous pensons au contraire que, dans l'ordre moral comme dans l'ordre économique, on ne peut que s'enrichir par les échanges, et que s'appauvrir en s'isolant. La même Providence, qui fait varier les produits suivant les climats, a aussi doué chaque peuple d'un génie qui lui est propre ; elle a voulu que chacun fût utile à tous dans la grande famille humaine, et que chaque nation pût contribuer pour sa part au progrès moral et matériel de l'humanité.

Et ce que je dis des divers peuples je pourrais le dire aussi des sciences diverses qui se partagent la sphère des connaissances humaines ; quelque distincts que soient leurs domaines, ce n'est qu'en combinant leurs efforts qu'elles peuvent atteindre aux vérités générales, et elles sont frappées de stérilité dès qu'elles s'isolent. Cela est surtout vrai des sciences qui poursuivent des vérités du même ordre : si elles ne travaillent de concert, elles s'exposent à se donner de perpétuels démentis. De ce nombre

sont la science du droit administratif et celle de l'économie politique : sur bien des questions sociales, elles ont l'une et l'autre à donner leur réponse, et le plus souvent, nous l'avouons avec tristesse, les deux réponses sont diamétralement opposées.

Je prends pour exemple la question qui les domine toutes : celle de la centralisation ou des limites des droits de l'Etat. Comparez sur ce point les écrits des économistes et ceux des jurisconsultes, vous trouverez les premiers toujours portés à réduire les attributions de l'Etat, les seconds enclins d'ordinaire à les étendre. Et cette divergence est aussi naturelle qu'elle est regrettable ; il ne peut y avoir séparation entre les deux sciences, qu'il n'y ait par là même contradiction. Aux yeux de l'économiste, qui fait abstraction du droit positif et n'étudie les rapports sociaux que dans leur développement libre et naturel, toute intervention de l'Etat qui vient régler et modifier ces rapports apparaît comme une perturbation arbitraire et violente ; pour le juriste, au contraire, qui n'envisage et ne conçoit les rapports sociaux que sous la forme que le législateur leur a donnée, il n'y a, en dehors de la sphère réglementaire, qu'incertitude et confusion. En un mot, le juriste est partisan du règlement parce qu'il ne connaît que le règlement ; l'économiste est hostile au règlement parce qu'il l'ignore. Quand cessera cet antagonisme ? Du jour où les deux sciences se seront complétées en s'unissant ; où l'économie sociale ne dédaignera pas de descendre des hauteurs nuageuses de la spéculation pour prendre pied sur le terrain ferme des réalités et des lois positives ; où le droit administratif, de son côté, osera s'élever au-dessus des textes réglementaires, qui, par leur incessante mobilité, échappent à la science, et remonter jusqu'aux principes essentiels qui demeurent immuables.

Mais ces principes, existent-ils ? De l'infinie diversité de tant de lois, de règlements et d'arrêts, peut-on dégager quelques idées communes, quelques traits uniformes, quelques tendances constantes, qui impriment au droit administratif ce caractère d'unité indispensable à toute science, et fournissent au jurisconsulte et au publiciste les éléments d'une synthèse et d'une critique générale ? Je le crois, et je compte sur M. Batbie pour nous le prouver pleinement par l'ensemble de son ouvrage. Je

n'ai pas l'ambition d'anticiper ici sur son travail, et je me permettrai seulement d'émettre le simple aperçu que voici.

Rien de plus compliqué, de plus incohérent sans doute que l'ensemble de nos règlements administratifs depuis un demi-siècle, si on les considère dans leurs détails; mais si on en pénètre l'esprit et le principe, on trouvera peut-être qu'ils peuvent se ramener tous à une seule idée, le système préventif : système préventif à l'égard des administrés, qui ne peuvent agir, dans tous les rapports de la vie sociale qu'avec quantité de formalités préalables, d'autorisations, de restrictions; système préventif à l'égard des administrateurs, qui, de leur côté, ont sans cesse des autorisations à obtenir, des formalités à remplir pour les moindres actes de leurs fonctions; c'est comme une double ligne de barrières placée entre les particuliers et l'autorité, et qui protége à la fois le pouvoir contre les attaques des citoyens, et les citoyens contre les entreprises des agents du pouvoir. D'autres peuples, plus hardis, ou, si l'on aime mieux, moins prudents, ont suivi une voie tout opposée : ils ont voulu que l'activité des citoyens comme des administrateurs fût, non pas comprimée par des restrictions, mais au contraire stimulée par la liberté et l'indépendance; et ils ont remplacé le principe de la *prévention* par celui de la *responsabilité*. Ici rien n'arrête d'abord ni le particulier ni le fonctionnaire; ils peuvent, chacun dans sa sphère, tout entreprendre et tout oser, sauf ensuite à rendre compte, l'un comme l'autre, devant la justice du pays. Le champ de la liberté individuelle s'étend jusqu'où commence l'empire des tribunaux et de la loi, et entre ces deux domaines agrandis, il ne reste plus aucune place pour la région intermédiaire qu'occupaient, dans l'autre système, les règlements et la justice administrative. Ainsi, sous un pareil régime, la matière même d'un droit administratif disparaît.

A quoi tendent ces observations? Uniquement à prouver ceci : c'est que notre droit administratif repose tout entier sur le système de prévention, et que toute sa valeur réside dans la valeur de ce système [1]. C'est là tout ce que j'ai voulu établir. J'ai

[1] Il est remarquable que, tandis que tous les peuples civilisés ont un droit public, un droit criminel, un droit commercial, etc., la France est le seul peuple qui ait, à proprement parler, un droit administratif. C'est ce qu'a fort

essayé de poser les termes du problème, je n'entreprendrai pas de le résoudre et de faire le procès au régime préventif lui-même; cette question est trop vaste pour que je puisse l'aborder ici, car elle excéderait à la fois les bornes naturelles de cet article et la compétence de cette Revue.

Sur cette question, comme sur toutes celles que présente notre législation administrative, nous attendons avec confiance l'œuvre de M. Batbie. Nul n'est mieux qualifié que lui, sinon pour les résoudre, du moins pour nous fournir tous les éléments d'une solution. Il a pu, en siégeant tour à tour dans une chaire de droit administratif et sur les bancs du Conseil d'Etat, unir l'expérience pratique du magistrat à la science abstraite du professeur, et réaliser dans ses travaux cette intime alliance de la théorie et de l'application que nous promettent le titre et la préface de son livre ; il est allé rechercher sur les lieux mêmes les institutions administratives de plusieurs peuples de l'Europe ; enfin, il vient de nous montrer, dans son *Histoire de Turgot*[1], que la science économique ne lui est pas moins familière que celle de la législation. Que M. Batbie sache, dans la suite de son ouvrage, appliquer à la mise en œuvre de matériaux si divers ces qualités d'exposition et de style qui distinguent son premier volume, et il aura bien mérité, non-seulement des jurisconsultes, mais encore de tous ceux que préoccupent les questions politiques et sociales, dont la solution est si essentielle au repos et à la prospérité du pays.

PAUL GIDE,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris.

L'ancien barreau du Parlement de Provence, ou *Extraits d'une correspondance inédite entre Décormis et Saurin*. par CH. DE RIBBE. Paris, Durand; 1862, 1 vol. in-8° : 5 francs.

Un navire, arrivé de Syrie à Marseille, en 1720, y apportait la peste, et, quelques mois après, ce terrible fléau avait fait en Provence près de quatre-vingt-huit mille victimes.

bien établi l'un des hommes les plus versés dans la connaissance de nos lois administratives, M. Cabantous.

[1] *Turgot philosophe, économiste et administrateur*, par A. Batbie, ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques; 1 vol, in-8°, 1861.

Le Parlement d'Aix, qui avait judiciairement et administrativement la haute main dans les affaires du pays, n'avait pu attendre dans Aix le jour où la contagion, en l'isolant de la province, enlèverait à celle-ci ses autorités judiciaires et administratives ; il s'était réuni à Saint-Rémy, après avoir confié le soin de rendre la justice criminelle, au sein de la capitale, à des avocats dont il avait reçu le serment. Parmi ceux-ci se trouvaient Décormis, jurisconsulte éminent, d'une expérience consommée, neveu de Dupérier, et Pierre Saurin, une des notabilités du barreau, homme plein d'ardeur et de zèle patriotique.

Par suite d'innovations malheureuses faites contrairement aux précédents dans la délégation de 1720, les pouvoirs confiés au barreau furent retenus en partie par la Cour, revendiqués par les conseillers restés à Aix, exercés par les consuls de la ville, procureurs du pays ou par le grand prévôt. Les avocats n'eurent plus à donner ces marques de patriotisme qui, notamment lors de la peste de 1629, avaient fait parmi eux tant de martyrs ; « il ne leur resta, comme le leur écrivait le chancelier d'Aguesseau, que le mérite du sacrifice, sans en avoir la peine. »

Décormis, quoique libre de sortir d'Aix et alors âgé de quatre-vingts ans, ne voulut cependant pas quitter la ville, et, sans vouloir user d'un pouvoir trop amoindri pour qu'il pût être utile, il consacra cette énergie continue et cette grandeur morale dont il était doué à secourir les pestiférés et à répandre, partout où ils étaient utiles au bien public ou aux malheureux, ses conseils ou ses aumônes.

Saurin fut habiter une maison de campagne qu'il possédait dans le territoire d'Aix. « Séparés par la distance et le fléau, Décormis et Saurin eussent eu plus d'un motif pour interrompre leurs relations. Quels que fussent les obstacles, un égal besoin de se communiquer leurs impressions les surmonta. L'injustice, qui venait de ravaler dans la capitale du pays l'autorité de la robe ; le spectacle des malheurs publics, les progrès et la marche de la maladie, les bruits répandus suscitant les émotions populaires, l'établissement de la quarantaine, étaient autant de sujets de préoccupation pour le solitaire Saurin. Décormis trouvait, de son côté, dans l'empressement de son ami à s'informer sur sa santé et à lui soumettre des points de doctrine, une diversion aux images de la mort qui l'assiégeaient. Ainsi fut entreprise

la curieuse correspondance objet de notre publication et de cette étude. »

C'est ainsi que M. Ch. de Ribbe indique lui-même dans quelles circonstances furent écrites les lettres dont il nous a donné des extraits. Nous ne saurions trop applaudir à l'heureuse pensée qu'il a eue. La correspondance de ces deux illustrations du barreau de Provence présente de l'intérêt pour l'étude de la constitution provençale et de son fonctionnement, pour la magistrature, le barreau, pour l'histoire et la politique même ; car à cette époque, comme le dit M. l'avocat général Oscar de Vallée, dans son Etude sur Lemaistre : « Le palais n'était pas alors cette étroite enceinte où nous vivons maintenant. La politique l'étendait jusqu'au trône et l'agitait souvent : il était aussi comme le centre et le foyer des grandes choses dans l'ordre civil. »

M. Ch. de Ribbe ne s'est pas borné à publier les extraits les plus intéressants de la correspondance inédite de Décormis et Saurin, en les accompagnant d'un grand nombre de notes précieuses. Il a fait précéder cette publication d'une notice bibliographique sur ces deux jurisconsultes, et d'une étude sur l'ancien barreau du Parlement de Provence. Déjà M. le président Bédarride nous avait initiés aux travaux et à la vie de Décormis ; M. Charles Giraud, dans son travail sur l'ancien ordre judiciaire en Provence, nous avait fait connaître, avec cette érudition qui lui est si familière, une partie de l'histoire du barreau provençal. M. de Ribbe vient compléter ces études en apportant dans son nouveau travail les mêmes qualités que l'on remarque dans son étude sur Pascalis, c'est-à-dire, pour employer les expressions dont il se sert lui-même à l'égard de Saurin, qu'on le retrouve ici « plein d'ardeur et de zèle patriotique, animé de cette fougue provençale qui ne nuit pas à l'érudition, parce qu'elle est sagement contenue. »

FÉRAUD-GIRAUD,
Conseiller à la Cour impériale d'Aix.

De la complicité, par M. GABRIEL BENOIT-CHAMPY, avocat. Paris, A. Durand; 1 vol. in-8°, 1861. Prix : 2 francs.

M. Gabriel Benoît-Champy vient de publier un remarquable travail sur la complicité. Ce beau sujet devait attirer un es-

prit net et vigoureux, porté naturellement à contrôler la loi positive par l'étude des principes, imbu des fortes maximes de cette philosophie pénale qui, depuis Beccaria, compte tant d'illustres adeptes en France, en Allemagne et en Italie. Nous sommes d'ailleurs enclins à discuter les questions que nous voyons, chez nous, le plus imparfaitement résolues ; or, de toutes les théories éparses dans notre Code, aucune, à coup sûr, n'est plus singulière que la théorie de la complicité.

Que dit, en effet, la raison ? C'est que la responsabilité pénale doit se mesurer à l'imputabilité : la peine, en un mot, doit être *proportionnelle*. Pourquoi ? parce que l'idée de la *loi* ne saurait être séparée de l'idée du *juste ;* parce qu'une peine disproportionnée, loin de compléter la loi naturelle par l'effet de la sanction, la viole à son tour en ajoutant un nouveau désordre au désordre accompli. Cependant le Code français de 1810 pose ce principe étrange : *Quiconque a participé à l'acte coupable, quelque légère, quelque insignifiante que soit la participation, doit être puni comme l'auteur principal.* C'est en vain qu'on répondra : Mais le crime eût été consommé sans ce complice, le complice en a facilité l'exécution ; mais son concours est une circonstance accessoire dans la cause, puisqu'on s'en fût aisément passé ; le Code de 1810 applique inflexiblement la même peine à tous les coupables. Ce système était d'autant plus dangereux que notre loi répressive n'admettait pas encore les circonstances atténuantes au grand criminel : en fait, il devait aboutir à des acquittements réitérés. La loi se désarme par un excès de rigueur et devient impuissante à frapper pour vouloir frapper sans mesure.

Ce dernier inconvénient disparaissait en 1832, puisqu'on reconnaissait au jury la faculté d'admettre des circonstances atténuantes. Le nouvel article 463 du Code pénal était alors l'invincible argument qu'on opposait aux plus sérieuses demandes de réforme. Corrigez, disait-on, la théorie de la tentative, car celui qui s'arrête en chemin n'apporte pas le même préjudice au corps social que le malfaiteur persévérant dont l'œuvre est consommée. Ce sera, répondait le législateur, l'œuvre du jury qui ne manquera pas d'admettre en pareil cas, des circonstances atténuantes. Mais quoi, s'il ne se rencontre pas de circonstances atténuantes dans la cause ? Eh bien, le jury les suppo-

sera. C'est ainsi qu'on raisonnait au moment même où notre Code pénal était remanié par les Chambres législatives: on confiait au caprice des jurés l'œuvre de la loi. On reconnaissait bien le vice de certaines assimilations, mais on n'hésitait pas à les maintenir en pensant que les jurés auraient toujours assez de sens pour corriger de pareilles fautes par leurs verdicts. En 1810, on avait suivi presque au hasard, en organisant la théorie de la complicité, une tradition vieille comme le monde ; on avait reproduit servilement une solution romaine entée sur une solution grecque et copiée par les criminalistes du moyen âge : en 1832, on se trompa systématiquement ; on crut pouvoir se dispenser de trancher les points les plus importants du problème pénal, parce que le jury les trancherait dans chaque espèce.

C'est ainsi que notre Code pénal, malgré sa clarté, sa précision, son parfait esprit d'égalité, reste manifestement inférieur à plusieurs Codes européens. Le Code pénal autrichien de 1803 valait au moins le Code français de 1810, et le Code bavarois de 1813 est encore supérieur au Code réformé de 1832. Mais cette infériorité n'éclate nulle part d'une façon plus regrettable que dans la théorie de la complicité. En Autriche, la participation indirecte est moins punie que la participation directe ; au Brésil, le châtiment est mitigé pour le complice ; les peines perpétuelles sont abaissées d'un degré, les peines temporaires et pécuniaires sont réduites au tiers ; le Code prussien distingue les auteurs immédiats qui donnent naissance au crime et les auteurs médiats qui en facilitent l'exécution ; celui de la Saxe distingue de même les coauteurs et les complices : les Codes de la Belgique, du Brunswick et du grand-duché de Bade adoptent encore cette division ; ceux du Hanovre et du Wurtemberg professent à peu près la même théorie, mais ils ne voient un complice que dans celui qui exécute la pensée d'autrui et qui n'a pas conçu le projet du crime. Dans les législations mêmes qui maintiennent le système de l'assimilation, ce vieux principe n'est appliqué nulle part d'une façon plus absolue que dans le Code français; le Code de la Louisiane distingue au moins les agents postérieurs sous le nom de *participants accessoires;* le Code des Deux-Siciles lui-même n'inflige pas la peine des circonstances aggravantes au complice, s'il ne les a connues. Que serait-ce si nous comparions le droit français du dix-neuvième

siècle au vieux droit gallois, qui distinguait six espèces de complicité? Mais nous n'en demandons pas tant pour satisfaire aux réclamations de la philosophie pénale et au vœu de la raison.

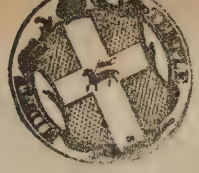
Nous avons suivi M. Gabriel Benoît-Champy dans cette courte excursion sur le terrain du droit comparé. A dire vrai, il serait assez difficile de parler quelque temps sur la complicité sans se faire un peu son disciple. On nous permettra de signaler, dans la partie la plus pratique de l'ouvrage, les développements qu'il a donnés sur cette question : le complice doit-il porter la responsabilité des circonstances aggravantes inhérentes à la personne de l'auteur principal? La distinction de la culpabilité matérielle ou essentielle et de la culpabilité personnelle ou accidentelle y est posée avec une force singulière : M. Gabriel Benoît-Champy démontre avec vigueur que le complice participe exclusivement à la culpabilité du fait, puisqu'il ne peut changer la personne de l'auteur principal et s'associer à sa culpabilité personnelle. Mais c'est, dira-t-on par exemple, un viol commis par un ascendant, et le crime est plus grand même pour le complice : non, car le complice, que l'auteur principal soit un ascendant ou un étranger, n'a jamais commis qu'un viol ; il y a sans doute une relation entre le complice et l'acte du crime ; la relation n'existe pas entre la personne du complice et celle de l'auteur principal : il a contribué à l'existence du viol, mais non à l'existence de la qualité d'ascendant. On objecte que le complice déploie une perversité plus grande, quand il aide un père à violer sa fille : mais il y aurait donc une incarnation occulte de cette qualité d'ascendant dans la personne du complice, qui va tout à coup augmenter la responsabilité de ce dernier? d'ailleurs si l'auteur principal communique son immoralité au complice, la réciproque devrait être vraie, et c'est pourtant ce qu'on n'a jamais osé soutenir. Le complice, ajoute-t-on, n'est pas seulement complice du viol, mais encore d'un plus grave danger social; mais cet argument nous entraînerait aux abîmes des théories utilitaires. Toute peine, toute aggravation de peine doivent reposer sur une double base : l'utile et le juste ; où l'une des deux manque, le législateur reste impuissant et désarmé. Puisque chacun doit être jugé suivant ses actes, l'aggravation de peine est injuste : elle ne saurait donc être prononcée. Voilà comment l'auteur raisonne en théorie pure ; mais quand il

arrive au texte de notre article 59, il n'hésite pas à reconnaître que cet article a consacré la théorie de l'assimilation. Nous renvoyons nos lecteurs à l'ouvrage lui-même pour l'étude de cette discussion, dont il ne peut recevoir qu'une idée très-imparfaite, après cette courte analyse.

Ajouterai-je, en terminant, que ce livre est écrit avec une rare pureté de style et qu'on y découvre cette connaissance de notre langue, ordinairement refusée par une muse jalouse à nos meilleurs jurisconsultes ? Mais le public me répondra qu'il le savait avant mon article, et je n'ai pas besoin de lui apprendre ce que la plus *littéraire* de nos grandes feuilles politiques lui avait déjà révélé.

ARTHUR DESJARDINS,

Docteur ès lettres, docteur en droit, substitut à Toulon.



DU

RÉGIME MILITAIRE SOUS L'EMPIRE ROMAIN

DU QUATRIÈME AU SIXIÈME SIÈCLE[1].

CHAPITRE I.

DES GRADES MILITAIRES.

Sous l'empire romain, à l'époque dont je m'occupe, les officiers militaires étaient classés dans l'ordre suivant :

A. Au sommet, les maîtres de la milice (*magistri militum*), dont les fonctions grandirent en importance par la division des attributions des préfets du prétoire et la séparation des pouvoirs militaires que ceux-ci cumulaient, à l'origine, avec leur autorité civile. Le nombre des *magistri militum* a varié en différents temps. Les uns étaient à la tête de la garde du prince : on les appelait *magistri præsentales* ou *in præsenti*[2]; les autres commandaient les armées dans les provinces[3]. Il y avait des maîtres de l'infanterie (*magistri peditum*) et des maîtres de la cavalerie (*magistri equitum*). Souvent aussi le même chef était *magister utriusque militiæ*[4].

Les *magistri militum* étaient des espèces de ministres de la guerre, chargés de l'administration du service militaire plutôt que du commandement des armées, qui était souvent confié aux *duces* et aux *comites*.

Tous les *magistri militum* étaient au premier rang des dignitaires de l'empire, et qualifiés d'illustres (*illustres*)[5]. On les ap-

[1] Cet article est extrait d'un ouvrage que M. Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon, doit publier prochainement, sous le titre de *Droit public et administratif romain*. Nous en devons la communication à l'obligeance de l'auteur. (*Note de la Rédaction.*)

[2] Voir Bœcking, *Not. imp. Occ.*, p. 260.

[3] Id., *Not. Orient.*, p. 1 et 120, et passim.

[4] Cod. Théod., l. ult., *Ad leg Jul. De adulter.*

[5] *Notit.*; et Cod. Théod., l. 23, *De erogat. mil.*

pelait quelquefois *comites et magistri militum*[1]; mais le plus ordinairement la *Notice des dignités* et les lois les désignent sous le titre de *magistri militum*.

B. Venaient ensuite les comtes des diocèses (*comites diœceseon*) ou réunions de provinces, que l'on appelle souvent simplement *comtes*. Tel était le comte du diocèse du Pont[2], celui de l'Orient[3], le comte de l'Egypte[4], le comte de l'Italie[5], celui de la Bretagne[6], celui de l'Espagne[7].

C. Les ducs (*duces*), qui, en général, étaient primés par les comtes[8]. Aussi, dans la *Notice des dignités*, les comtes sont classés avant les ducs, soit dans l'empire d'Orient, soit dans l'empire d'Occident. Cependant cet ordre n'était pas invariable; car il y avait des comtes et des ducs de trois degrés[9], et les comtes *minores et inferiores* ne venaient qu'après les ducs. Souvent les ducs étaient mis à la tête des troupes placées sur les frontières, qui étaient exposées aux attaques des barbares. Cette circonstance, qui les mettait le plus souvent en état de faire la guerre et d'acquérir de l'éclat et de la gloire, jointe à la diversité des degrés, explique comment, dans le moyen âge, le titre de duc a pu devenir supérieur à celui de comte.

D. Après eux venaient les préfets militaires (*præfecti militares*), appelés par Végèce *præfecti legionis*, c'est-à-dire les chefs de légion. Le préfet de la légion était ordinairement un vice-lieutenant de l'empereur, ayant la qualité de comte du premier degré, et qui, en l'absence du lieutenant général commandant de deux ou plusieurs légions, exerçait, comme son vicaire, le commandement de la légion. Les tribuns, les centurions et les soldats obéissaient à ses ordres[10].

[1] Cod. Théod., l. 8, *De re milit.*; l. 8, *De metatis*; l. ult., *De desertor.*
[2] Cod. Théod., l. 1, *De comit. et trib.*
[3] Cod. Théod., l. ult., *De comit. rei mil. Notit. Or.*, p. 55, édit. Bock.
[4] Cod. Théod., l. 52, *De cursu*; *Notit. Or.*, ibid., p. 69.
[5] *Notitia Occ.*, p. 84, Bock.
[6] *Ibid.*, p. 82.
[7] *Ibid.*, p. 600.
[8] Cod. Théod., l. 11, *De divers. offic.*
[9] Cod. Théod., l. 2, *De veteranis.*
[10] « Proprius autem judex* erat *præfectus legionis* habens comitivam primi

* Le mot *judex* désigne le chef suprême. Végèce vivait à la fin du quatrième siècle, et à cette époque le mot *judex* s'était écarté du sens qu'il avait dans le système formulaire. Il était ordinairement employé pour désigner les gouverneurs exerçant le pouvoir civil et militaire. On le voit ici appliqué même à un chef de corps militaire.

Ce qui concerne la légion romaine n'est pas très-clair dans les historiens et les auteurs qui s'en sont occupés. Cette obscurité vient des changements qu'a subis cette institution depuis son origine jusqu'aux siècles dont je m'occupe. Son organisation a senti, comme toutes les autres institutions, l'influence du principe politique qui a régi l'Etat. Selon Varron, l'étymologie du mot *legio* vient de ce que les noms des soldats étaient choisis et lus dans le recrutement[1]. Quand la république était à son berceau, la légion était l'armée. Plus tard, on désigna l'armée par le mot *exercitus*[2]. La légion fut d'abord composée de trois mille hommes pris en égal nombre dans chacune des trois tribus primitives[3]; et il y avait trois chefs, appelés à cause de cela *tribuns*, pour la commander[4]. Quand Rome s'agrandit, le nombre des hommes de la légion s'augmenta, et fut porté d'abord à quatre mille hommes[5], puis à environ six mille[6]. Les armées étant devenues plus nombreuses, la légion fut seulement un corps d'armée placé sous l'autorité du chef suprême, le consul[7] ou le préteur[8]. Elle était pourvue, comme une armée au petit pied, d'hommes et de munitions en tous genres, quoique l'infanterie en fît la principale force. Elle avait cependant de la cavalerie en nombre nécessaire, et était munie de toute espèce d'instruments, soit pour l'attaque, soit pour la défense[9]. Chaque armée n'était

« ordinis dignitatem, qui, absente legato, tanquam vicarius ipsius, potes-« tatem maximam retinebat. *Tribuni* vel centuriones, cæterique milites, « ejus præcepta servabant. » Veget., *De re mil.*, II, 9.

[1] « *Legio*, quod leguntur milites in delectu. » *De lingua latina*. Lib. V, § 87.

[2] « *Exercitus*, quod exercitando fit melior. » Varro, *loc. cit.*

[3] « *Milites*, quod trium millium primo legio fiebat, ac singulæ tribus, « Titiensium, Ramnium, Lucerum, millia singula militum mittebant. » Varro, *ibid.*

[4] « *Tribuni militum*, quod terni tribus tribubus Ramnium, Lucerum, « Tatiensium olim ad exercitum mittebantur. » Varr., *ibid.*, § 82 — « Tri-« bunus autem vocatur a *tribu*, quia præest militibus quos ex tribu primus « Romulus legit. » Veget., II, 7.

[5] Polybe lui donne de quatre à cinq mille hommes. Liv. VI, ch. IV et V.

[6] Végèce lui donne six mille cent fantassins et sept cent vingt-six cavaliers : « His decem cohortibus legio plena fundatur, quæ habet pedites sex « millia centum, equites septingentos viginti sex. » Lib. II, 6.

[7] « *Consul* nominatus, quod consuleret populum et senatum. » Varr., *ibid.*, § 80.

[8] « *Prætor* dictus, qui præiret jure et exercitu. » Varr., *ibid.*

[9] Voir Veget., lib. II, c. VI et seq.

autrefois composée que de deux légions[1]. Lorsque le nombre des hommes de la légion fut augmenté, celui des tribuns le fut également, et fut porté à six[2], puis à dix, quand la légion eut atteint le chiffre de six mille hommes[3].

Quant au mode de nomination, il fut aristocratique ou démocratique sous la république, selon les phases de la lutte entre ces deux principes, et monarchique sous l'empire. En 393, le peuple obtint de concourir à la nomination des tribuns[4]. En 584, le sénat décréta que les tribuns à élire seraient nommés pour moitié par le peuple et par le sénat[5]. Ceux qui étaient nommés à la guerre par les consuls s'appelaient d'un nom particulier[6]. Les tribuns élus par une délégation du peuple choisissaient eux-mêmes les centurions[7].

Jules César, durant sa longue guerre des Gaules, mit deux fois un lieutenant à la tête de chacune de ses légions[8]. Que cette mesure ait été prise dans des circonstances critiques et pour donner du cœur à ses soldats dans un danger présent, cela importe peu : on n'a pas besoin d'être militaire pour comprendre qu'une pareille mesure simplifie le commandement d'une armée en le centralisant. Rien n'est plus naturel que l'unité de commandement, non-seulement pour une armée ou un corps d'armée, mais aussi pour ses divisions et ses subdivisions. Aussi arriva-t-il que ces précédents émanés de Jules César tournèrent en règle générale ; et au temps de Végèce il y avait un *præfectus*

[1] « In omnibus auctoribus invenitur, singulos consules adversus hostes « copiosissimos, non amplius duxisse quam binas legiones, additis auxiliis « sociorum. » Veget., II, 4. — Voir aussi Polyb., VI, 5.

[2] Voir Polyb., VI, 4 et 5.

[3] Veget., II, 12.

[4] Tit.-Liv., lib. VII, c. v.

[5] Tit.-Liv., lib. LXIV, c. xxi.

[6] « *Rufuli* appellabantur tribuni militum a consule facti, non a populo, « de quorum jure, quod Rutilius Rufus legem tulerat, *Rufuli*, ac post *Ru-* « *tuli* sunt apellati. » Festus, v° Rufuli.

[7] En parlant de Sp. Ligurtinus, Tite-Live dit : « *Tribuni* militares in le- « gione prima primum pilum ei assignaverunt. » Lib. XLII, c. xv.

[8] « Singulis legionibus singulos legatos et quæstorem *præfecit*, uti eos « testes suæ quisque virtutis haberet.» *De bello gall.*, I, 52.—«Legatis, quos « singulis legionibus præfecerat, quidquid fieri vellet, ostendit. » *Ibid.*, VII, 45.

legionis à la tête de chaque légion[1]. Cela est conforme au principe monarchique, qui substitue, partout où cela est possible, l'unité à la pluralité.

Il est vrai que Végèce parle de deux espèces de tribuns, l'un qui tenait sa nomination de la faveur de la cour, et l'autre de son mérite et de ses services[2]. En cela il ne fait, ce me semble, que constater, de son temps, l'existence d'un abus qui s'est vu sous tous les gouvernements arbitraires. C'était l'état de choses normal sous notre ancienne monarchie, époque à laquelle les personnages puissants obtenaient des commandements nominaux dans des régiments où ils ne paraissaient presque jamais, et qui, en fait, étaient commandés par des officiers appelés *de fortune*, sur qui retombait tout le labeur du service. Il n'est pas impossible, d'ailleurs, que ce tribun *minor* ait, en cas de nécessité, cumulé avec le commandement de la première cohorte celui de la légion entière. C'est ce que semble indiquer Végèce[3]; c'est ce qui devait surtout se pratiquer avant l'institution permanente des *préfets de la légion*. En cela il y aurait eu du rapport avec ce qui avait lieu dans les turmes de cavalerie, où, comme nous le verrons plus bas, un simple décurion commandait la turme entière, quoique chef naturel seulement d'une décurie.

Ce qui est plus difficile à comprendre que l'existence d'un chef unique, sous le nom de *præfectus*, à la tête de chaque légion, c'est le rôle que jouaient les *tribuns* des légions, au nombre de trois quand la légion avait trois mille hommes, et plus tard de six quand elle fut composée de quatre mille hommes[4], et de dix[5] quand elle fut portée à six mille hommes et au delà. Quel rôle jouaient tous ces tribuns? Est-ce qu'un seul était le chef de la totalité de la légion, comme un colonel est le chef de son régiment? Les autres étaient-ils seulement appelés à le suppléer,

[1] Voir le passage déjà cité de Veget., II, 9. C'est aussi le nom que donne Justinien aux chefs des légions. Voir l. ult. Cod., *De inoff. test.*

[2] « Principiorum nomina et dignitates, secundum præsentes matriculas, « indicabo. Tribunus major per epistolam sacram imperatoris judicio desti- « natur; minor tribunus provenit ex labore. » Veget., lib. II, c. VII.

[3] Lib. II, 12.—Voir aussi Pancirole, *Not. imp. Or.*, c. XXXVI.

[4] Voir Polyb., VI, c. IV et V.

[5] Veget., II, 12.

comme un lieutenant-colonel remplace au besoin le colonel? Nous sommes si bien habitués à l'unité du commandement militaire, que c'est la première idée qui se présente à notre esprit. Cependant cette idée serait radicalement fausse. Reportons-nous au temps où la légion, c'est-à-dire l'armée, était composée de trois mille hommes tirés par mille de chaque tribu. Il est manifeste que chaque tribun commandait les mille hommes de sa tribu, et que le chef de la légion était le consul ou le préteur. On a vu plus haut que le mot *prêteur* ne signifie pas autre chose que celui *qui præiret jure et exercitu*[1]. Quand le nombre des hommes de la légion augmenta, pourquoi nomma-t-on un plus grand nombre de tribuns? Est-ce pour accroître le nombre des suppléants? Se figure-t-on, dans un régiment, un colonel avec cinq ou neuf lieutenants-colonels? Comprendrait-on le rôle de ces vice-tribuns appelés à se croiser les bras en attendant que le tribun-chef en activité fût empêché? Pour résoudre une pareille question, il faut distinguer les époques? Sous la république, le commandement de la légion suivit le principe du gouvernement républicain, qui a pour base la pluralité dans les fonctions; c'est-à-dire que chacun des tribuns avait un titre égal au commandement de la légion, comme les deux consuls dans l'Etat, comme les décurions dans la cavalerie, et qu'ils alternaient dans le commandement, chacun des autres faisant fonction de chef de cohorte ou d'une fraction de la légion. Mais on les désigne tous sous le titre de tribuns de la légion, parce que tous occupaient ce rang à tour de rôle.

Sous l'empire, le gouvernement devenant monarchique, son principe, qui est l'unité partout, se substitua à la pluralité : le commandant de la légion devint unique à titre permanent, et il prit un nom monarchique, celui de *præfectus*, qui emporte l'idée d'un préposé par le pouvoir ou l'autorité, au lieu d'un agent librement élu. On l'appela *præfectus legionis;* les tribuns ne furent plus que des chefs de cohorte[2].

[1] Varr., *De ling. lat.*, lib. V, § 80.

[2] « Decem cohortes habere legionem diximus; sed prima erat milliaria... « Huic *tribunus* præerat, armorum scientia, virtute corporis, morum ho- « nestate præcipuus. *Reliquæ cohortes*, prout principi placuisset, a tribunis, « vel præpositis regebantur.» (Veget., II, 12.) Et ailleurs, il dit : « Tribunus « autem vocatur a tribu, tribuendoque jure; præest enim militibus, quos « ex tribu primus Romulus legit. » II, 7.

Lors donc que les historiens et les lois nous parlent de tribuns de légions, il faut entendre par là, selon les temps, des chefs commandant habituellement chacun une portion de la légion, c'est-à-dire une cohorte, et non d'une manière permanente la totalité de la légion[1], sauf, en cas de nécessité, à se succéder dans le commandement de la légion, comme dans nos régiments un chef de bataillon prend le commandement du régiment en cas d'empêchement du colonel et du lieutenant-colonel.

Ces réflexions font, ce me semble, toucher au doigt l'utilité de la mesure prise par César dans la guerre des Gaules, de mettre un lieutenant du général, ou un *præfectus*, à la tête de chaque légion. La mesure semble si utile, que je me persuade que ce n'est pas la première fois que pareil expédient a été employé par les généraux romains, bien que les historiens ne paraissent pas avoir jugé ce fait assez important pour en conserver le souvenir. En effet, Polybe, après avoir dit qu'une armée était ordinairement composée de deux légions, dit, en parlant des gardes de nuit dans un camp : On en donne pour l'ordinaire trois à chacun *des deux lieutenants*[2]. C'est supposer qu'un général commandant deux légions avait deux lieutenants : or, quoi de plus naturel, un jour de bataille, que de mettre chacun d'eux à la tête d'une légion ?

Au surplus, ce qui prouve invinciblement l'établissement général, uniforme d'un chef de légion, sous le nom de *præfectus legionis*, c'est la *Notitia dignitatum*, que l'on croit être de l'an 427, c'est-à-dire un peu postérieure à Végèce. Cet *almanach impérial*, qui donne l'énumération de tous les corps de troupes épars dans les deux portions de l'empire, avec les désignations et le titre de ceux qui les commandent, ne mentionne plus les *tribuns de légion*, mais seulement les *préfets de légion* et les *tribuns de cohorte*[3]. Dans Végèce[4] et dans le Code Théodosien[5] on rencontre une autre expression pour désigner des officiers de légion

[1] Polyb., VII, 4 et 5.

[2] Polyb., VI.

[3] Voir la table de M. Bœcking, v^is PRÆFECTUS LEGIONIS, et v^is TRIBUNUS COHORTIS.

[4] « Reliquæ cohortes, prout principi placuisset, a tribunis, vel a præpositis, regebantur. » Veget., II, 12.

[5] Cod. Théod., l. 2 et 10, *De re milit.*; et God., Paratitl., *eod. tit.*

analogues aux tribuns : c'est le mot *præpositus*, qui paraît exprimer la même idée sous une autre dénomination plus moderne.

Un autre fait semble corroborer et expliquer le changement survenu dans les tribuns. La légion, après avoir augmenté en nombre, tant qu'elle fut considérée comme un corps d'armée, perdit ce caractère lorsque, sous l'empire, les armées furent devenues plus considérables. Elle changea de nature, diminua en nombre d'hommes, et devint ce qu'est chez nous le régiment, c'est-à-dire l'unité dans la grande famille militaire. Elle fut réduite à un simple *numerus*[1], et perdit en grande partie son ancien caractère. Plusieurs causes concoururent à ce changement : outre que le chiffre de six mille est trop considérable pour l'unité dans des armées nombreuses, la mollesse et le relâchement de la discipline ne permettaient plus de faire supporter aux soldats de l'empire les fatigues et de porter l'attirail des soldats légionnaires de la république. Dans ce dernier état de choses, le préfet de la légion répondait au colonel de notre régiment.

E. Au-dessous du *præfectus legionis* venaient les anciens tribuns de légion, qui, au temps de la *Notice*[2] et du Code Théodosien[3], ne sont plus que des tribuns militaires ou des *tribuni cohortis*. On trouve déjà dans Végèce des *tribuni militares* et des tribuns de cohorte[4], qui commandent à des fractions de la légion, comme nos chefs de bataillon sont à la tête d'une fraction du régiment. Les mêmes mentions se trouvent dans les recueils de

[1] Sozomen., *Hist. eccles.*, lib. I, c. VIII. « Atque ex eo tempore, Roma- « norum legiones, quæ nunc *numeri* vocantur, singulæ proprium sibi taber- « naculum facere cœperunt, » Voir aussi Cod. Théod., l. 23, *De erogat. mil.*

On peut toutefois opposer à cela le passage suivant de Végèce : « Mi- « nor... numerus armatorum (quam 6,100 pedites, 726 equites) in una le- « gione esse non debet; major autem interdum esse consuevit, si non « tantum unam cohortem, sed etiam alias miliarias fuerit jussa suscipere. » *De re milit.*, lib. II, 6. — Je ne vois point d'autre moyen de lever la difficulté, si ce n'est en disant que Végèce, qui écrivait sur la théorie de l'art militaire avec des livres, a voulu parler de l'effectif réglementaire; tandis que Sozomène, qui faisait de l'histoire, a parlé de l'effectif réel, deux choses qui, comme on le sait, sont souvent fort différentes.

[2] Les passages de la *Notitia dignit.* sont si nombreux, que je trouve plus simple de renvoyer à la table de Bocking, vis TRIBUNUS COHORTIS, qui les indique tous.

[3] Cod. Théod., *Tribuni cohortium*, l. 1, *De commeatu*; *Tribuni numerorum*, l. 23, *De erog. milit.*; l. 11, *De murileg.*

[4] Veget., II, 12; Cod. Théod., l. un., *Qui a præbit. tiron.*

Justinien [1]. Chaque légion était divisée en dix cohortes; mais le nombre des hommes n'était pas le même dans chacune d'elles [2].

En se reportant à ce qui a été dit plus haut sur l'historique de la légion, on voit que dès l'origine les tribuns des légions n'ont jamais été autre chose chacun que le chef d'une fraction de la légion, et non le commandant en titre du corps entier, ou, s'ils la commandaient en entier, ce n'était qu'à tour de rôle. Ce qui leur donnait plus d'importance au commencement, c'est le rôle plus considérable que jouait la légion dans l'armée romaine. Quand cette importance se fut amoindrie, la position des chefs de ces fractions de légion suivit les phases de cet amoindrissement.

F. Les centurions.—Chaque cohorte comprenait plusieurs centuries [3]. A l'origine, la centurie était composée de cent hommes [4]. Les centurions ont conservé ce nom, bien que le nombre d'hommes à eux soumis ait varié; comme les *tribus*, et les *tribuns* militaires ont gardé leur dénomination après que le nombre des tribus et celui des tribuns fut augmenté. Afin d'exciter l'émulation et de créer des degrés entre les centurions, chacun d'eux ne commandait pas à un nombre égal d'hommes. Ainsi, le centurion du premier pile, *primi pili*, que l'on appelait *primipilus*, avait quatre cents hommes sous ses ordres et jouissait de grands avantages. Il était chargé de la distribution des vivres, et ses biens étaient soumis à une hypothèque tacite privilégiée pour le reliquat de son compte [5]. D'autres centurions ne commandaient qu'à deux centuries; d'autres, enfin, n'avaient d'autorité que sur une seule centurie, et, au temps de Végèce, on les appelait *centenarii* [6]. D'après Polybe, il y avait deux centurions pour chaque compagnie : le premier marchait à la droite, et le second à la gauche, afin que, l'un venant à manquer,

[1] Dig., l. 2, *De his qui not. inf.*; l. 25, *De test. mil.*

[2] « Sciendum est autem in una legione decem cohortes esse debere. Sed « prima cohors reliquas, et numero militum, et dignitate præcedit. » Veget., II, 6.

[3] Veget., II, 14.

[4] Veget., II, 8.

[5] Cod. Just., l. 1, *De privil. fisci*; l. 3, *De primipilo.*

[6] Veget., II, 8. « Erant enim centuriones, qui singulas centurias cura- « bant, qui nunc caput *centenarii* nominantur. »

l'autre pût le suppléer [1]. Au temps de Végèce, il devait y avoir cinquante-cinq centurions dans toute la légion [2].

G. Les dizainiers (*decani*). — On appelait de ce nom ceux qui n'avaient sous eux qu'une chambrée, *contubernium* [3], ou un *manipule*, une poignée d'hommes. A l'origine, le nombre des membres de la chambrée était de dix, d'où le mot *decani*, qui s'est conservé avec celui de *contubernii*. Ils correspondaient à nos sergents.

En résumé, le préfet de la légion correspondait à notre grade de colonel; les tribuns de légion ou de cohorte répondaient à nos chefs de bataillon; les centurions, à nos capitaines; et les dizainiers ou chefs de manipule, à nos sergents : c'est dire que la légion était devenue notre régiment, que les cohortes étaient nos bataillons, les centuries nos compagnies, et les manipules nos pelotons.

Ce que nous venons de dire au sujet de la légion et de ses divisions ne s'appliquait pas aux régiments de cavalerie. Pour cette arme, l'unité de corps était appelée *ala*, aile, ou *vexillatio*. On rencontre ces deux mots à chaque pas dans la *Notitia dignitatum*, pour désigner un corps de cavalerie, sans que rien indique le nombre d'hommes dont cette unité se composait. Sous la république, le mot *aile* était donné à la cavalerie auxiliaire, parce qu'autrefois les alliés formaient les ailes des armées romaines [4]. Ce nom est resté aux corps de cavalerie après la suppression de la distinction entre la cavalerie légionnaire et la cavalerie des alliés. Végèce dit que les *alæ equitum* sont ainsi appelées parce qu'elles protégent le corps de bataille de chaque côté [5]. Le nom de *vexillatio* leur a été donné plus tard à cause des étendards ou des flammes qu'ils portaient [6].

Quel était le nombre d'hommes dont se composait une *aile* ou une *vexillatio* de cavalerie? Rien ne l'indique. Polybe dit bien

[1] Polyb., VI, 4.

[2] Veget., II, 8.

[3] Veget., II, 13.

[4] Tit.-Liv., XXIII, 45.

[5] *De re milit.*, II, 1. « Equitum alæ dicuntur, ab eo quod ad similitudinem « alarum, ab utraque parte protegant acies. »

[6] « Alæ, quæ nunc *vexillationes* vocantur a velo, quia velis, hoc est flam- « mulis, utuntur. » Veget., II, 1.

que la cavalerie légionnaire était, de son temps, de trois cents hommes par légion[1]. Mais cette cavalerie légionnaire était distincte de celle qui formait les ailes d'une armée[2]. Pancirole estime que ce nombre n'était pas déterminé d'une manière fixe, et qu'il était ordinairement d'environ trois cents cavaliers[3].

Nous voyons dans la *Notice* que l'*aile* de cavalerie avait à sa tête un chef portant la même qualification que le chef de la légion, celui de *præfectus alæ*[4]. Cela confirme l'analogie entre la *légion*, unité de l'infanterie, et l'*aile*, unité de la cavalerie. D'où la conséquence que cette aile correspond à notre régiment de cavalerie, et les *præfecti alarum* à nos colonels. Toutefois l'*aile* me paraît avoir été moins forte que nos régiments de cavalerie.

Les fractions de l'aile étaient appelées *turmæ*. D'après Varron, le mot *turma* vient de ce que, à l'origine, ce corps était composé de trois dizaines ou trente cavaliers pris dans les trois *tribus* de Rome[5]. Végèce porte ce nombre à trente-deux[6]. Le chef de la turme s'appelait *decurio*[7]. Ce nom vient, suivant Varron, de ce que chaque tribu fournissait autrefois dix cavaliers[8]. Il semblerait résulter de là que le décurion n'aurait commandé d'abord qu'à dix cavaliers, et qu'il y aurait eu trois décurions pour chaque turme, comme il y avait trois tribuns pour la légion. Déjà au temps de Polybe, l'un des trois décurions commandait la turme entière, les deux autres faisant fonction de chefs de décurie; et si le premier venait à manquer, le second prenait le

[1] Polyb., VI, 4.

[2] « Est et aliud genus equitum, qui legionarii vocantur, propterea quod « connexi sunt legioni. » Veget., *loc. cit.*

[3] *Not. imp. Or.*, c. XXXII.

[4] Voir *Imp. Occ.*, 79, 113, 114, 536 et *passim.*, édition Bocking.

[5] « Turma terima (E in V abiit) : quod terdeni equites ex tribubus Ta- « tiensium, Ramnium, Lucerum fiebant. » Varr., *De ling. lat.*, lib. V, § 91. M. Dezobry dit, en parlant de la cavalerie légionnaire : « Les chefs subalternes sont des décurions (Veget., II, 14). Il y en a six par turme, soixante pour le corps entier, autant que de centurions dans l'infanterie. » Voir *Rome au siècle d'Auguste*, lettre CIX, t. IV, p. 172. J'ignore sur quoi repose cette opinion du savant auteur. Végèce est précis quant au nombre 32.

[6] « Et habet una turma equites XXXII. » Lib. II, 14.

[7] « Huic qui præest *decurio* nominatur. » Veget., II, 14.

[8] « Itaque primi singularum decuriarum, *decuriones* dicti, qui ab eo in « singulis turmis sunt etiam nunc terni. » Varr., *De ling. lat.*, V, § 91.

commandement de la turme entière [1]. La turme correspondait-elle à la cohorte ou à la centurie de l'infanterie? Suivant Végèce, c'est à la centurie [2]. Il semble, toutefois, que la turme tienne le milieu entre l'escadron et la compagnie de nos régiments de cavalerie, et qu'elle embrasse ces deux degrés de fractionnement confondus en un seul.

Il est encore un mot employé très-fréquemment dans la *Notice des dignités de l'empire* pour désigner un corps de cavalerie : c'est le mot *cuneus*, ou *cuneus equitum*. Dans son sens propre et naturel, le mot *cuneus*, en langage militaire, signifie un ordre de bataille en forme de coin, c'est-à-dire en forme de triangle, marchant l'un de ses angles en avant. Cet ordre de bataille s'appelait aussi *caput porcinum*, ou tête de porc [3]. Dans la *Notice*, le mot *cuneus* est pris pour un corps de troupes, ordinairement de cavaliers, dont le nombre d'hommes n'est pas déterminé [4], mais qui paraît tenir le milieu entre l'*aile* et la *turme*, et répondre aux mots français un *détachement* ou un *corps détaché* de cavalerie.

CHAPITRE II.

DU RECRUTEMENT DE L'ARMÉE.

Sous la république, tous les citoyens étaient assujettis au service militaire depuis l'âge de puberté [5] jusqu'à quarante-six ans [6]. Chaque année le consul assemblait tous les Romains en état de porter les armes, et les tribuns militaires choisissaient le nombre

[1] Polyb., VI, 4.

[2] « Quemadmodum inter pedites centuria vel manipulus appellatur, ita « inter equites turma dicitur. » Veget., II, 14.

[3] Veget., III, 19. « *Cuneus* dicitur multitudo peditum, quæ juncta cum « acie primo angustior, deinde latior procedit, et adversariorum ordines « rumpit; quia a pluribus in unum locum mittuntur, quam rem milites « nominant *caput porcinum*. »

[4] Voir Bocking, *Not. imp. Occ.*, p. 664.

[5] « Si antiqua consuetudo servanda est, incipientem pubertatem ad *de-* « *lectum* cogendam nullus ignorat. » Veget., I, 4.

[6] Il n'y a pas de citoyen qui, avant quarante-six ans, ne soit obligé de porter les armes, ou dix ans dans la cavalerie, ou seize dans l'infanterie. Polyb., VI, 4.

d'hommes nécessaire pour former les légions déterminées. Le censeur choisissait les cavaliers d'après leur revenu [1]. C'est pour cela que le recrutement s'est appelé *delectus*, mot qui s'est conservé indéfiniment dans les Codes.

On sait qu'à une époque reculée la puberté, pour les hommes, ne se mesurait pas seulement par un nombre fixe d'années : elle s'appréciait aussi *ex habitu corporis* [2]. C'est Justinien qui a précisé invariablement l'âge de puberté à quatorze ans révolus [3]. Le citoyen romain, devenu pubère, était réputé apte au mariage, à la vie civile et au service militaire, sauf le pouvoir discrétionnaire des tribuns militaires qui procédaient au *delectus*.

Section I. — Modes de recrutement sous l'empire.

Sous l'empire, l'armée se recrutait de deux manières : par des engagements volontaires [4], et par des appels forcés [5]. Le contingent à fournir dépendait de la volonté de l'empereur, et se formulait par un simple ordre (*jussus*) : c'est ce que l'on peut conjecturer d'un passage de Végèce [6]. Quant aux engagements volontaires, il n'y a rien à dire, si ce n'est que les engagés devaient avoir les qualités requises pour être soldats, et dont il sera parlé tout à l'heure.

Sur qui tombait la charge du recrutement forcé? Elle était tantôt réelle, et tantôt personnelle : en d'autres termes, il y avait certaines catégories de personnes qui étaient obligées de fournir des soldats (*tirones*), soit à raison des biens qu'elles possédaient, et comme une sorte d'impôt qui frappait les possesseurs de ces biens, soit à raison de leur état et de leur condition sociale ; il y avait d'autres individus qui étaient assujettis au service militaire pour leur propre personne.

En principe, la charge de la conscription était réelle, c'est-à-dire qu'elle était imposée *pro viribus patrimoniorum* [7]. C'est ce

1 Polyb., *loc. cit.*
2 Inst., pr. *Quibus mod. tut. fin.*
3 Cod., l. ult., *Quando tut. vel cur.*
4 Cod. Théod., l. 1 et 2, *Quid probare deb.*; l. 6, *De tironib.*
5 Cod. Théod., l. 1, 6, 7, 10, 11, 12, 15, 18, *De tironib.*
6 Veget., II, 5; voir aussi Dig., l. 3, *Ad leg. Jul. majest.*
7 Cod. Théod., l. 7, *De tironib.*

que Végèce a voulu dire dans le passage cité plus haut, *possessoribus indicti tirones*. C'est le système suivi de nos jours en Russie, où chaque seigneur russe doit fournir un certain nombre des colons de ses domaines, d'après les proportions fixées dans l'ukase sur le recrutement. Ceux qui n'étaient pas assez riches pour fournir un conscrit étaient réunis à d'autres pour supporter cette charge en commun[1]; de même que, sous notre ancienne monarchie, l'obligation de fournir un *homme d'armes* était imposée à un certain nombre de feux, lorsque les roturiers étaient assujettis à cette charge[2].

Ceux qui devaient fournir des soldats à raison de leur qualité faisant présumer l'aisance, étaient notamment : les sénateurs[3]; les personnes pourvues de titres honorifiques (*honorati*)[4]; les chefs des curies (*principales*) et les décurions[5]; les employés des juges ou gouverneurs (*officiales*)[6]. Les prêtres païens étaient aussi soumis à cette charge[7].

Le caractère du recrutement en faisant un impôt réel, et l'obligation de fournir des soldats étant souvent convertie en or qu'on appelait *aurum tironicum*, il y avait nécessité de faire l'assiette et la répartition de cet impôt entre ceux qui devaient le supporter proportionnellement aux bases légales. La charge de faire cette répartition était, si je ne me trompe, ce qu'on appelait *protostasia*, mot qui figure assez souvent dans les textes des Codes romains, sans que les interprètes aient pu en comprendre le sens[8]. Ce mot vient, je pense, de ce que l'impôt du recrutement était l'impôt par excellence. La protostasie était une charge réelle, et non personnelle, en ce qu'elle engageait la responsabilité pécuniaire de ceux qui en étaient chargés[9].

[1] Cod. Théod., l. 14, *De extraord. sive sord. muner.*

[2] Voir instruction des États généraux du 4 mars 1356, art. 6, dans la *Collection des lois* d'Isamb., t. IV, p. 853.

[3] Cod. Théod., l. 7, 13, 14, *De senator.*

[4] L. 7, 15, 18, 20, *eod tit.*

[5] L. 7, *eod. tit.*

[6] L. 20, *eod. tit.*

[7] L. ult., *eod. tit.*

[8] Voir Cod. Théod., tit. *De protostasia.* — Godefroy, sur la loi 1, *h. t.*, rapporte quatre opinions qu'il réfute, non compris la sienne, qui, à mon sens, ne vaut pas mieux que celles qu'il expose.

[9] Cod. Just., l. 8, *De munerib.*, et *ibi* Cujas.

Il y avait certaines classes de personnes sujettes au service militaire pour leur compte personnel et à raison de leur condition : tels étaient les fils de militaires[1] ou de vétérans[2]. Dans le cas de nécessité pour repousser les attaques des ennemis, tous les hommes libres étaient soumis au service militaire[3].

Le roi Servius n'avait admis dans les armées que les citoyens possédant au moins onze mille as, reléguant dans la marine les censitaires qui n'atteignaient pas cette somme[4]. Il avait exclu complétement les prolétaires, pensant qu'on ne devait pas confier des armes aux citoyens dont l'indigence n'offrait aucune garantie à la république[5]. Marius, qui était le représentant de la démagogie, fit des levées dans toutes les classes indistinctement, choisissant surtout parmi les *capite censi*[6]. Cet écart de la constitution aristocratique de Servius fut l'une des causes qui précipitèrent la perte de la république, et qui amenèrent le despotisme des Césars appuyé sur la plèbe romaine : tant il est vrai que, dans tous les temps, la multitude est incapable de conserver la liberté.

Tout se tient dans la constitution d'un Etat : si la législation de Servius faisait peser la charge du service militaire sur les classes riches, on sait qu'elle leur attribuait la prépondérance dans les comices, et, par suite, les avantages que procure l'exercice du pouvoir dans un Etat libre. Auguste ayant confisqué à son profit la liberté des citoyens et réduit les suffrages à une vaine apparence, supprimée par Tibère, il arriva naturellement que ceux qui perdaient les avantages de la constitution républicaine cherchèrent à en secouer les charges. Les citoyens romains employèrent toutes sortes de ruses pour s'exempter du service militaire, jusqu'à renier leur qualité d'hommes libres en s'engageant dans les ateliers d'esclaves afin de mieux se cacher[7]. Quand un despote attire à lui tout le pouvoir, les citoyens se considèrent comme désintéressés dans la chose pu-

[1] Cod. Théod., l. 6 et 10, *De filiis mil. appar.*
[2] Cod. Théod., l. 2, *De veteran.*
[3] Cod. Théod., l. 17, *De tironib.*
[4] Polyb., VI, 4.
[5] Den. d'Halicarn., IV, 16.
[6] Sallust., *Bell. jugurth.*, 84.
[7] Sueton., *Tiber.*, 8.

blique, et ils disent tacitement à leur maître : « Puisque vous prétendez gouverner la nation sans nous, ce n'est plus notre affaire, mais la vôtre : tirez-vous-en comme vous pourrez. »

Pour le dire en passant, ce désir d'échapper au service militaire fut l'une des causes qui contribuèrent le plus à l'extension du nombre prodigieux des esclaves affectés à l'agriculture, qui couvrirent la surface de l'empire et formèrent plus tard la classe si nombreuse des colons. Maîtres et esclaves avaient intérêt, les premiers, à employer des esclaves plutôt que des hommes libres pour cultiver les terres, et les seconds, à être considérés comme esclaves plutôt que comme libres, puisqu'ils évitaient la plus lourde des charges sociales, celle du service militaire [1]. Cela explique pourquoi Auguste se vit dans la nécessité, lors d'une levée, de condamner à la perte de leurs biens, et de noter d'infamie, par la voie du sort, le cinquième des réfractaires de trente ans, et le dixième de tous ceux au-dessus de cet âge, et même d'en punir plusieurs du dernier supplice [2] ; pourquoi, dans une autre occasion, il fit vendre un chevalier romain, et ses biens avec lui, pour avoir coupé les pouces à ses deux fils afin de les soustraire au recrutement [3] ; enfin, pourquoi Rome et l'Italie furent par lui exemptées du service militaire [4].

Quant à la durée de l'assujettissement au service militaire, elle était, sous la république, depuis l'âge de dix-sept à quarante-cinq ans [5] ; ce qui ne veut pas dire que chaque Romain fût obligé de passer vingt-huit ans sous les drapeaux ; mais dans cette période de temps, il fallait qu'il accomplît un service de dix ans dans la cavalerie [6], ou de seize ans, et, en cas de nécessité, de vingt ans dans l'infanterie [7]. Sous l'empire, la durée du service pour donner droit aux priviléges de la vétérance resta fixée à vingt ans, aussi bien pour la cavalerie que pour l'infanterie [8].

[1] Appian., *De bell. civ.*, I, p. 604.
[2] Dion., LVI, 23.
[3] Sueton., *Aug.*, 24.
[4] Herodian., II, p. 50.
[5] Tit.-Liv., XLVIII, 14 ; Den. d'Halic., IV, 16 ; Polyb., VI, 4 ; Aul.-Gell., X, 28.
[6] Polyb., VI, 4 ; Plutarch., *C. Gracch.*, 5.
[7] Polyb., *ibid.*
[8] Cod. Just., l. ult., *De his qui non implet. stip.* ; l. 2, *De re milit.* ; l. 1, *De excusat. veter.*

Pour réparer les vides des cadres de l'armée, il y avait des jeunes gens surnuméraires, appelés *adcrescentes*, qui étaient ajoutés, à ce titre, aux matricules[1]. Ils étaient, selon les temps et les circonstances, tantôt nourris aux frais du Trésor, tantôt laissés à la charge de leurs parents[2]. Ces surnuméraires étaient dressés aux exercices militaires et au maniement des armes, et recevaient une solde moindre que celle des soldats enrégimentés[3].

SECTION II. — De la révision, des causes d'exclusion ou d'exemption.

Lors de l'appel des classes, on procédait au choix des hommes, afin de s'assurer s'ils avaient ou non les qualités requises pour le service militaire. Cette opération, appelée *delectus*, répondait, à certains égards, aux opérations de nos conseils de révision[4]. Il y avait toutefois cette différence, que, chez les Romains, le choix, *delectus*, se faisait sur l'ensemble des appelés, tandis que, chez nous, il se fait dans l'ordre des numéros obtenus par un tirage au sort qui précède l'opération, ce qui laisse aujourd'hui un peu moins de pouvoir discrétionnaire, les derniers numéros n'étant appelés à former le contingent qu'à défaut d'aptitude de la part de ceux qui ont obtenu les premiers numéros.

Le conscrit (*tiro*) devait être de condition libre[5]; avoir l'âge requis, c'est-à-dire dix-huit ans accomplis[6]; avoir la taille voulue, c'est-à-dire cinq pieds sept pouces[7] d'après une constitution de 367.

En ce qui concerne les esclaves, la législation de l'empire a subi des vicissitudes. Un passage de Marcien, inséré par Justi-

[1] Cod. Théod., l. 11, *De re mil.*; l. 6 et 7, *De tironib.*

[2] Dig., l. 11, *De re mil.*

[3] Voir J. Godef., *ad d. l.*

[4] C'est à propos de cette opération que Végèce a écrit ces mots : « Nun-« quam exercitus profecit tempore belli, cujus in probandis tironibus clau-« dicavit electio. » *De re mil.*, I, 7.

[5] Cod. Théod., l. 1, *De tironib.*; Dig., l. 11, *De re milit.*

[6] Cod. Théod., l. 1, *De tironib.*; l. 58, *De decurion.* — Cet âge a varié comme chez nous.

[7] « In quinque pedibus et septem unciis usualibus delectus habeatur. » Cod. Théod., l. 3, *De tironib.* — Cela équivaut, en mesure de France, à 5 pieds 1 pouce, ou 1m,65. La taille a été abaissée chez nous à 1m,56. Chez les Romains, de même que chez nous, elle a varié fréquemment. Voir J. Godef., *ad d. l.*

nien dans ses Pandectes, excluait les esclaves du service militaire sous peine de mort[1]. Cette loi avait un double motif : la sûreté de l'Etat, qui ne permettait pas de mettre les armes aux mains de ceux qui n'avaient point d'intérêt à défendre la patrie ; et la sécurité des maîtres, qui ne voulaient point ouvrir une porte par où les esclaves auraient pu échapper à leur pouvoir.

L'exclusion du service militaire appliquée aux esclaves attachés au service des personnes s'étendait-elle à la classe nombreuse des *coloni* et des *inquilini*, qui, bien que libres de leur personne[2], étaient attachés à la glèbe et ne pouvaient en être séparés[3] ? Il est certain que ces hommes accoutumés aux rudes travaux de l'agriculture devaient fournir de bons soldats ; et cependant les lois semblent les exclure, en principe, du service militaire[4]. Ce serait mal interpréter ces textes que de leur donner un pareil sens : ils signifient seulement que les colons ne pouvaient pas, contre le gré des maîtres ou propriétaires, être incorporés dans l'armée. Cela résulte clairement de ces mots : *Quia in hac parte dominorum juri, et publicæ consulimus honestati*[5]. On conciliait par là l'intérêt des maîtres avec l'utilité publique. La charge de fournir des soldats ou de l'argent incombait directement au maître, et non au colon, et cela dans l'intérêt de l'agriculture. De la sorte, le maître pouvait s'exonérer ou fournir des soldats autres que les colons, qui restaient attachés à la culture des terres. Un passage de Végèce prouve clairement que l'exclusion des colons n'avait pas lieu à raison de l'incapacité de leur personne, mais dans l'intérêt de l'affection à la glèbe. Il se plaint de ce que les maîtres livraient, par fraude ou par faveur, le rebut de leurs hommes pour se libérer de la charge du recrutement, ce qui était la cause de grands désastres[6].

[1] Dig., l. 11, *De re milit.*

[2] Cod. Théod., l. 1, *De serv. fugit.*; Cod. Just., l. 1, *De colon. thrac.*

[3] Cod. Théod., l. 1, *De inquilinis.*

[4] « Cura pervigili observare debebit sublimitas tua ne coloni vel salu« tuenses aut ultro se offerentes ad militiam suscipiantur armatam, aut « cogantur inviti. (Cod. Just., l. 3, *Qui mil. poss.*) Colonos nulla ratione ad « ullum, quamvis humilioris militiæ, locum sinimus admitti. » Cod. Just., l. 19, *De agric. et cens.*

[5] *Dict. leg.* « Reparandi feliciter exercitus cura, conferri debere tirones « a possessore censuimus. » Novell. Théod., I, c. 1, p. 93, ad calcem ; édit. Ritter.

[6] « Hinc tot ubique ab hostibus clades, dum longa pax militum negli-

Une constitution de 370 indique l'ordre à suivre à l'effet de pourvoir au recrutement de l'armée. On appelait les *adcrescentes*, c'est-à-dire les soldats surnuméraires ou les recrues. On comblait les vides causés par cet appel, dans le nombre des recrues, en recevant d'abord les jeunes gens inscrits comme surnuméraires sur les rôles de la capitation, et, en cas d'insuffisance, ceux qui étaient imposés sur les rôles[1]. Pour comprendre cette disposition, il faut savoir : 1° qu'il y avait, comme nous le dirons plus tard, des contribuables surnuméraires au rôle de la capitation ou impôt personnel mobilier, destinés à pourvoir au déficit qui pouvait survenir dans cette espèce d'impôt; 2° que le service militaire entraînait de plein droit l'exemption de cette contribution. Cela posé, si l'on avait admis tout d'abord comme soldats ceux qui figuraient déjà sur la matrice de la capitation, on aurait fait naître un déficit dans le produit de cet impôt, ce qu'avant tout les empereurs voulaient éviter. Voilà pourquoi on ne recevait comme recrues ceux qui étaient déjà inscrits sur les rôles de la capitation qu'après avoir épuisé les autres ressources[2].

En cas de nécessité absolue, on appelait même les esclaves au service militaire, avec la promesse de la liberté et d'une prime en or[3].

Justinien a modifié les dispositions des lois concernant l'incorporation des esclaves dans les armées, en établissant la distinction suivante : Si l'esclave s'était enrôlé dans le service militaire à l'insu de son maître, celui-ci pouvait le réclamer devant le juge compétent; si c'etait du consentement du maître, l'esclave devenait libre et restait sous les drapeaux[4]. Par cette dis-

« gentius incuriosiusque legit; dum honestiores quique civilia sectantur « officia, dum possessoribus indicti tirones, per gratiam aut dissimulatio- « nem probantur, talesque sociantur armis quales domini habere fasti- « diunt. » Veget., *De re mil.*, I, 7.

[1] Cod. Théod., l, 6, *De tironib.*

[2] « Ad censitos igitur non decurritur, nisi postremo loco : hac videlicet « ratione, ne temere voluminibus censualibus eximantur censiti, atque « ita, reparandi exercitus colore, tributaria res concidat. » J. Godef., *in dict. l.* 6.

[3] « Servos etiam hujus auctoritate edicti hortamur, ut cum primum se « bellicis sudoribus offerant, præmium libertatis, si apti ad militiam arma « susceperint, pulveratici etiam nomine binos solidos accepturi. » Cod. Théod., l. 16, *De tironib.*

[4] Cod. Just., l. 6 et 7, *Qui milit. poss.*

position, Justinien a concilié sagement les deux principes opposés qui avaient lutté pendant longtemps entre eux, savoir : le droit du maître sur la personne de l'esclave ou du colon, qui était un intérêt public dans une société reposant sur l'esclavage et le colonat, avec l'utilité du recrutement des armées, qui est aussi en tout temps et en tous lieux un intérêt social de premier ordre.

Outre les esclaves, il y avait d'autres personnes exclues du service militaire : tels étaient les juifs [1], les cabaretiers (*cauponarii*); les taverniers (*tabernarii*) [2], les cuisiniers (*coci*) [3], les meuniers-boulangers (*pistores*) [4]; ceux qui étaient employés dans les gynécées ou ateliers impériaux [5]; les membres des curies [6]; enfin, ceux que leurs difformités rendaient impropres au service militaire [7].

On doit être surpris de voir les personnes exerçant quelques-unes des professions ci-dessus exclues du service militaire. Les unes étaient exclues à raison de leur indignité et de la nature de leur profession, qui les faisait présumer impropres au service militaire; pour d'autres, la cause de l'exclusion était leur affectation à une autre corporation, par un motif d'intérêt public présumé supérieur à celui qui présidait à la bonne composition de l'armée. Dans la première catégorie étaient compris les cabaretiers, les taverniers, les cuisiniers; la seconde embrassait les décurions, les boulangers, les employés des ateliers impériaux, qui, comme nous le verrons plus tard, étaient attachés à

[1] Cod. Théod., l. 24, *De judæis.*

[2] Cod. Théod., l. 8, *De tironib.* — C'était une profession abjecte chez les Romains. Voir Cod. Just., l. 1, *De natur. lib.*

[3] Cod. Théod., l. 8, *De tironib.*

[4] Dict. l. 8. — Tourner la meule était un métier si pénible, que les maîtres y condamnaient leurs esclaves à titre de punition. Voir Terent., *Andr.*, I, 3, v. 25; Plin., XVIII, 11.

[5] « Piscatores, aucupes, dulciarios (les baigneurs), histriones, omnesque « qui aliquid tractasse videbuntur ad gynecæa pertinens, longe arbitror « pellendos a castris. » Veget., I, 7. — On donnait le nom de *gynécées* a des ateliers publics où étaient tissées, apprêtées et façonnées toutes sortes d'étoffes. Quoiqu'on employât aussi des hommes dans ces ateliers, c'était néanmoins de femmes qu'ils étaient principalement composés. Guérard, *Polypt. d'Irminon*, p. 617.

[6] Cod. Théod., l. 1, *De tironib.*; et *passim*, *De decurionib.* — Vingt-huit lois de ce titre excluent les décurions du service militaire.

[7] Cod. Théod., l. 5, *De re milit.*; l. 8, *De fil. mil. apparit.*

leur condition sans pouvoir en sortir librement. Pour les juifs, leur religion les plaçait dans un état d'isolement, et, en quelque sorte, hors du droit commun sous ce rapport.

La crainte de voir les décurions se réfugier dans les armées afin de se soustraire aux charges du décurionat, avait inspiré la disposition suivant laquelle les curiales assistaient aux opérations du *delectus* ou de la révision, afin qu'ils pussent vérifier l'origine des jeunes gens qui se présenteraient, et s'assurer qu'ils ne tenaient point à l'ordre des décurions [1]. La curie avait intérêt à ce qu'aucun de ses membres ne pût en sortir et s'affranchir de ses charges, qui seraient retombées en entier sur les membres restants. Ce n'est pas par un motif de faveur pour les décurions qu'ils étaient exclus du service militaire; c'était pour ne point affaiblir la matière imposable : les empereurs aimaient encore mieux l'or que les soldats.

Il y avait des causes d'exemption accordées à ceux qui se trouvaient dans certaines dignités ou positions. Il existe dans le Code Théodosien un titre spécial consacré à ces immunités ou exemptions [2]. Elles profitaient, en général, à des personnes rangées dans les classes des *illustres*, *spectabiles*, *clarissimi*, c'est-à-dire à ceux qui jouissaient d'une grande faveur ou d'un grand crédit. Les *honorarii* ne jouissaient pas de l'exemption [3]. On appelait ainsi ceux qui, par faveur ou crédit, avaient obtenu le titre honorifique d'une dignité, sans en avoir rempli les fonctions [4]. Au premier rang des exempts, figuraient les gens de la haute domesticité du palais [5]. Les médecins et les professeurs de la ville de Rome jouissaient également de l'exemption [6], afin, est-il dit, qu'ils puissent se livrer plus facilement aux études libérales. Les tribuns des soldats étaient exempts [7] par un autre motif : c'est qu'ils supportaient de leurs personnes le service militaire.

[1] Cod. Théod., l. 1, *De tironib.*
[2] Voir tit. *Qui a præbit. tiron. et equor. excus.*
[3] Voir d. l. un., *Qui a præb. tir.*
[4] Voir Godef., ad tit. *De honorar. codic.*
[5] Voir Cod. Théod., Dict., tit. *De tironib.*; l. 21, *De pal. sacr. larg.*
[6] Cod. Théod., l. 3, 10, 16, *De medic. et profess.*
[7] Voir Cod. Théod., l. 18, *De tironib.*

Section III. — Du remplacement et de l'exonération.

Souvent on demandait de l'or au lieu d'hommes[1]. Cela avait lieu surtout dans les provinces dont les habitants étaient supposés avoir moins d'aptitude pour le métier des armes[2]; car, selon Végèce, bien qu'en tous lieux il y ait des braves et des lâches, les climats ont néanmoins de l'influence sur les qualités du corps et de l'esprit. Ainsi les peuples septentrionaux sont plus propres à la guerre que ceux du midi. Mais il préfère à tous les autres ceux des régions tempérées[3]. Cette conversion n'avait souvent d'autre motif que la pénurie du trésor public, *exhausti ærarii necessitas*, comme l'exposent eux-mêmes les empereurs Honorius et Théodose, qui appellent cette charge *auri munus*[4].

D'autres fois l'option était accordée à certaines classes de personnes pour se rédimer de l'obligation de fournir des conscrits, en payant une somme déterminée. Cette option était accordée notamment aux sénateurs[5]. Avec cet or l'Etat achetait des soldats[6]. L'agent chargé de recueillir le prix avec lequel on se rédimait de l'obligation de fournir des conscrits s'appelait *temonarius*[7], et cette charge était désignée sous le nom d'*onus temonis*[8].

Le prix de cette exonération était taxé arbitrairement par le prince, selon les circonstances, tantôt à 25 *solidi*, tantôt à 30, tantôt à 36 *solidi*[9]. Les agents chargés du recrutement des conscrits en personne s'appelaient *turmarii*[10]. L'exonération fournissait le moyen d'acheter des soldats parmi les barbares, et fut l'une des causes qui précipitèrent la ruine de l'empire. Quand

[1] Cod. Théod., l. 18, *De tironib.*; l. unic., *Qui a præb. tir.*; l, 2, *De medic. et profess.*

[2] Cod. Théod., l. 7 et 9, *De tironib.*

[3] *De re mil.*, l. 2.

[4] Cod. Théod., l. un., *Qui a præb. tir.*

[5] Cod. Théod., l. 7 et 13, *De tironib.*

[6] Voir dite loi 7.

[7] Dite loi 7, et l. 3, eod. Cod., *De desertorib.*

[8] Cod. Théod., l. 18, *De extraordin. sive sord. munerib.*

[9] Cod. Théod., l. 13, 20, *De tironib.* Il s'agit ici du sou d'or, qui était la soixante-douzième partie de la livre d'or. Voir Cod. Théod., l. 8, *De desertorib.*, et l. 13, *De susceptorib.* Il valait environ 15 fr. 10 c.

[10] Cod. Théod., l. 3, *De privil. eor. qui in sacr. pal.*

les Romains, au lieu de défendre leur pays, donnèrent leur argent pour acheter des protecteurs, ils perdirent et leur patrie et leur liberté.

L'exonération, entre autres vices, en avait produit deux, qualifiés d'intolérables au plus haut degré par une loi de Valens, de 375 : c'était de faire porter à un taux excessif la somme fixée pour le rachat, et d'élever outre mesure le prix des remplaçants[1]. On peut lire avec quelle sévérité cet empereur et ses collègues jugeaient cette institution qu'ils connaissaient par expérience.

On voit que le système de l'exonération établi en France par la loi du 26 avril 1855 était parfaitement connu et pratiqué sous l'empire romain. Je suis convaincu que ceux qui en ont eu l'idée chez nous ne l'ont pas empruntée au Code Théodosien, qu'ils ne connaissaient guère. Aussi existe-il des différences très-notables entre les deux législations : chez les Romains, l'obligation de donner de l'argent au lieu d'hommes était fréquemment imposée par le prince; et cela se comprend aisément, puisque l'obligation de fournir des soldats était devenue, en règle générale, une charge réelle imposée aux possesseurs de biens. Chez nous, l'exonération qui consiste à se libérer du service militaire est toujours facultative, par la raison que le tirage au sort est une charge personnelle. Une autre différence est que chez nous la faculté d'exonération est un droit accordé à tous les appelés, sans distinction de personnes, tandis que, dans l'empire romain, c'était quelquefois une faveur accordée à certaines personnes privilégiées.

Soit que ce mode de libération fût imposé par le prince, ou qu'il fût abandonné à l'option du redevable, il portait un nom particulier, et s'appelait *adœratio*, mot formé de *œs*, et qui veut dire conversion d'une prestation en argent. On sait que chez nous cette conversion n'est pas seulement facultative pour le rachat du service militaire, mais aussi pour les prestations affectées à l'entretien des chemins vicinaux. Dans la législation de l'empire romain, l'*adœratio* joue un grand rôle, par la raison

[1] « Nam inter reliqua vitia hæc duo *vel maxime intolerabilia* judicamus, « *quod aurum sæpe pro corporibus immane deposcitur*, atque advenarum « exemptio juniorum insolentius quam convenit, æstimatur. » Cod. Théod., l. 7, *De tironib.*

que, beaucoup d'impôts étant assis en nature, il arrivait souvent qu'on permettait au contribuable de se libérer en argent[1]. La suppression des impôts en nature, de même que la suppression des fermages en grains, annonce un progrès dans la civilisation; car elle suppose une plus grande abondance de numéraire dans l'Etat et plus d'aisance chez les contribuables et les fermiers pour supporter les risques des cas fortuits.

Les soldats (*tirones*) prêtaient serment[2]; ils étaient marqués aux bras, afin qu'en cas de désertion ils pussent être plus facilement reconnus[3]. Ces stigmates ou marques publiques étaient aussi apposés à certaines classes d'ouvriers attachés à leurs professions, et pour le même motif[4]. C'est probablement de là que vient l'usage, encore pratiqué de nos jours, où sont les ouvriers appartenant à certaines corporations de compagnonnage, de se faire sur les bras des tatouages analogues aux marques qui étaient imprimées sur les bras des soldats romains. De nos jours, l'administration militaire ne marque plus que les chevaux.

SERRIGNY,
Professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon,
ancien bâtonnier de l'ordre des avocats.

[1] Voir notamment l. 28, 30, 31, 32, Cod. Théod., *De erogat. mil.*

[2] Végèce, II, 5, Cod. Théod., l. 4, *De re mil.*

[3] Cod. Théod., l. 4, *De fabricensib.*, et Cod. Just., l. 3, *eod. tit.*; Végèce, lib. I, 8, et II, 5. « Nam puncturis in cute punctis milites scripti et matriculis inserti jurare solent. »

[4] Voir dite l. 4, *De fabric.*

ETUDE

SUR

LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN.

---

1. La règle Catonienne est ainsi appelée du nom de son auteur, c'est-à-dire du nom du jurisconsulte qui la fit prévaloir, de même qu'on appelle stipulation Aquilienne la formule de stipulation inventée par Aquilius, et caution Mucienne celle qui fut imaginée par Mucius. On ignore quel est précisément celui des Catons qui donna son nom à cette règle. Remonte-t-elle jusqu'à Caton le Censeur, *Marcus Cato*, qualifié par Pomponius [1] de *princeps Porciæ familiæ*, ou seulement à son fils, qui, comme jurisconsulte, acquit encore plus de célébrité que le père? Pomponius [2] nous apprend que de son temps on possédait les ouvrages du père (*cujus et libri exstant*); mais il ajoute que le fils en avait laissé davantage (*sed plurimi filii ejus*). Aulu-Gelle [3] atteste l'importance des œuvres de Caton le fils (*egregios de juris disciplina libros reliquit*). Il est vraisemblable que les fragments du Digeste, où il est fait mention des *libri Catonis*, se réfèrent à Caton le fils, et que c'est là que se trouvait formulée la règle dite Catonienne. Quel que soit d'ailleurs l'auteur de la règle, elle aurait été introduite avant la fin du sixième siècle, puisque la mort de Caton le fils, arrivée l'an 600 de Rome, est antérieure à celle du père, qui survécut à son fils, et ne mourut qu'en 605.

2. Voici la teneur de la règle, telle qu'elle nous est fournie par Celse [4] : *Catoniana regula sic definit : quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quan-*

[1] L. 2, § 38, *De orig. jur.*, D. (2-1).
[2] *Ibid.*
[3] Liv. XIII, ch. XVIII.
[4] L. 1, pr., *De reg. Cat.*, D. (34-7).

docunque decesserit, non valere. Ainsi, le but de la règle est d'arranger les choses (*sic definit*), quant à l'appréciation de la validité des legs, en se plaçant au point de vue suivant. Il faut supposer que la mort du testateur est arrivée immédiatement après la confection du testament. Dans cette hypothèse, tel legs aurait-il pu être efficace? Si la réponse doit être négative, il n'y a pas à tenir compte des changements survenus dans l'intervalle écoulé depuis la confection du testament jusqu'au moment réel du décès. Peu importe que les obstacles qui existaient à l'origine aient disparu dans l'entre-temps.

3. Quand on cherche à justifier rationnellement la règle Catonienne, elle peut paraître assez rigoureuse. Les legs, effectivement, ne sont que des projets, des dispositions pour l'avenir, ou plutôt pour l'époque de la mort. Dès lors, pourquoi ne pas attendre cette époque, et se préoccuper dans le passé de difficultés qui en fait ne se seront point présentées? La réponse à cette critique doit être empruntée, comme le fait observer M. Ortolan [1], à cette considération, que le terme de la vie est tout à fait inconnu. Mourir est la condition de l'humanité, condition dont l'accomplissement peut se réaliser à tout instant. La pensée de l'imminence du décès doit surtout être présente à l'esprit de celui qui teste. Les jurisconsultes en avaient conclu que chacun est censé régler la distribution de son patrimoine dans cette idée qu'on peut faire immédiatement ce qu'il désire. S'il y a des obstacles, il les ignorait sans doute; et peut-être n'eût-il point légué, s'il en avait été instruit. Au moins la chose est-elle incertaine; et la règle Catonienne, en annulant le legs, a l'avantage d'éviter des débats sur ce point [2].

4. Ces raisons ne sont plus applicables alors que le testateur n'a pas entendu faire des dispositions qui auraient un effet immédiat à sa mort. Si cet effet ne doit se réaliser que dans un avenir plus ou moins éloigné après le décès, il ne faut pas s'inquiéter d'un obstacle actuel, puisque le testateur ne voulait

[1] Explication historique des Instituts, t. II, n° 860.

[2] Cette explication, donnée par M. Rosshirt, est approuvée par M. Arndts, qui a publié en 1833, dans le *Rheinisches Museum*, un excellent article sur la règle Catonienne. Voir t. V, p. 241.

point laisser de suite, mais seulement à une époque ultérieure. Aussi la règle Catonienne était-elle écartée toutes les fois que le *dies cedens* du legs ne se liait pas à la mort du disposant, et qu'il se plaçait au delà. Cette restriction importante, qu'on ne doit pas perdre de vue pour bien saisir la portée de la règle, est indiquée dans la loi 3, D. *h. t. Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.* Nous négligerons quant à présent le mot *hereditates,* sur lequel nous aurons à revenir; mais nous ferons de suite cette remarque essentielle, qu'il dépendait toujours de la volonté du testateur, en ajoutant une condition à son legs, de le mettre en dehors de l'atteinte de la règle Catonienne. On sait que, pour un legs conditionnel, le *dies cedens* était différé jusqu'à l'événement de la condition [1].

5. Il résulte de la loi 3 que la règle Catonienne n'était pas absolue en matière de legs. On devait distinguer deux catégories de legs : d'une part, ceux dont le *dies cedens* était contemporain de la mort du disposant, et d'autre part ceux dont le *dies cedens* était postérieur à cet événement. Les premiers étaient assujettis à la règle, les derniers en étaient exempts.

6. Toutefois cette division n'est pas rigoureusement exacte. Il peut se faire que, dans la première classe de legs, il y en ait qu'on doive encore soustraire à l'empire de la règle. On arrive, en effet, à admettre une seconde restriction, si l'on s'attache à l'interprétation de la pensée du testateur exprimée par la règle, interprétation qui est celle-ci : *Si je meurs aujourd'hui,* je veux qu'on accomplisse tel ou tel legs. Du moment où le testateur a eu soin de dire : *Je n'entends pas léguer pour le cas où je mourrais sur-le-champ, mais uniquement pour le cas où je mourrais à telle époque,* il n'est plus vrai de prétendre qu'il a disposé dans cette idée qu'on pourrait immédiatement exécuter. Aussi, doit-on alors mettre de côté la règle Catonienne, même à l'égard de legs qui auraient leur *dies cedens mortis tempore.* Si on l'appliquait littéralement, on arriverait à une absurdité. C'est là ce

[1] L'addition d'un *dies certus* n'aurait pas suffi pour soustraire la disposition à l'empire de la règle Catonienne : le terme fixe n'empêchait pas le droit au legs d'être acquis au légataire dès la mort du testateur.

que veut dire Celse, quand il ajoute, l. 1, pr. : *Quæ definitio in quibusdam falsa est.*

7. Cette observation, qui au fond est une critique de la rédaction donnée à la règle, à tel point qu'elle est appelée *falsa,* est développée par le jurisconsulte dans la suite du texte. Il suppose d'abord, au paragraphe 1er, que quelqu'un a légué de la sorte : *Si je meurs après telles calendes.* En fait, il n'est mort qu'après l'époque fixée. Faudra-t-il ici argumenter subtilement (*an cavillamur*)? Non, répond Celse. Il n'y a pas lieu à s'inquiéter du sort du legs, dans l'hypothèse qui sert de point de départ pour l'application de la règle Catonienne, celle d'une mort immédiate, par conséquent d'une mort antérieure aux calendes indiquées par le testament, puisque, d'après la manière dont la disposition est conçue, il n'y aurait pas de legs dans cette hypothèse. Avant de s'occuper du point de savoir si un legs est valable, il faut d'abord qu'il y ait un legs. (*Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est, quam inutiliter datum.*) Il n'y a legs véritablement qu'autant que le testateur a survécu aux calendes, c'est-à-dire en dehors de la supposition qui sert de base à la règle Catonienne. Néanmoins, on pourrait être tenté de faire tomber le legs sous le joug de la règle ; car, la condition s'étant accomplie *vivo testatore*, le legs est devenu, avant le décès, pur et simple ; et, comme tel, il a son *dies cedens mortis tempore.* Rigoureusement, dès lors, le legs devrait obéir à la règle, et être annulé. Mais ce serait là une interprétation inintelligente, qui ne tiendrait compte que de la lettre et non de l'esprit de la règle. Celle-ci ne doit être appliquée que là où le testateur a disposé en vue d'une mort immédiate, et non quand il a subordonné le legs à sa survivance jusqu'à telle époque.

8. Le paragraphe 2 de la loi 1 contient un second exemple analogue. Un testateur a légué à Titius un fonds qui appartenait à ce Titius lors du testament ; seulement il n'a légué qu'autant que Titius aurait aliéné le fonds du vivant du testateur [1]. Ici encore il n'y aurait pas de legs, si le testateur fût dé-

[1] Nous n'hésitons pas à admettre, contre l'avis de Cujas, la doctrine de Pothier, suivie généralement par les auteurs modernes, doctrine d'après laquelle ces mots : *Si eum vivo testatore alienaveris*, doivent être considérés

cédé incontinent. D'un autre côté, l'aliénation s'étant effectuée *vivo testatore*, le legs est devenu pur et simple du vivant du testateur ; et, par suite, son *dies cedens* devant se placer *mortis tempore*, le legs pourrait être considéré strictement comme rentrant dans la classe de ceux qui sont gouvernés par la règle Catonienne. Mais ici encore on ne s'arrêtera pas à la lettre de la règle. Celle-ci sera mise à l'écart ; il n'y a pas legs au cas de mort immédiate, mais au cas d'une mort survenant plus tard, et postérieurement à l'aliénation consommée.

9. Enfin c'est de la même manière qu'il faut expliquer la loi 2, *h. t.* Il s'agit d'un legs fait sous cette condition : *Si filia mea Titio nupta erit.* A l'époque de la confection du testament, la fille du testateur était impubère, et le mariage se trouvait impossible. Mais le testateur survit, et le mariage s'accomplit de son vivant. Paul déclare que le legs est valable. L'objection que prévoyait le jurisconsulte était sans doute celle-ci. La condition s'étant réalisée du vivant du testateur, le legs est devenu dès lors pur et simple ; il aura son *dies cedens mortis tempore*, de sorte qu'une application étroite de la règle Catonienne eût conduit à l'annuler. En décidant ainsi, on aurait de nouveau mal compris la règle. Elle ne concerne que les dispositions susceptibles d'un effet immédiat au moment même du testament auquel son auteur n'aurait pas survécu. Tel n'était pas le legs en question, puisqu'il dépendait d'un mariage dont la réalisation était impossible à l'instant où le testateur réglait ses dernières volontés [1].

comme la reproduction de la teneur même du legs, et non comme l'indication d'un simple accident ; sans cela, il y aurait antinomie entre la loi 1, § 1, *h. t.*, et le paragraphe 10, Instit. *De legat.*, confirmé par la loi 41, § 2, *De legat.*, I, D. (30). D'ailleurs, l'expression *item*, par laquelle Celse lie entre eux les deux exemples qu'il cite, prouve qu'il continue à développer la même idée. Or, l'analogie existe, si l'on suppose que les deux legs, subordonnés dans le principe à un événement incertain, ont perdu cette modalité du vivant du testateur ; elle fera défaut, au contraire, si dans la deuxième espèce on voit un legs qui était pur et simple dès la confection du testament.

[1] M. Arndts, p. 208, sous-entend, dans la loi 2, que le mariage devait être accompli *vivo testatore*. L'hypothèse prévue par Paul ressemblerait ainsi à celles indiquées par Celse ; il s'agirait toujours d'une condition qui, suivant l'intention du disposant, doit se réaliser avant sa mort. — Sans doute, en présence d'un legs conçu de la sorte, il y aurait lieu de le décla-

10. Quelle utilité, s'est-on demandé, pouvait offrir l'introduction d'une règle spéciale quant aux legs, règle dont la formule aurait été, paraît-il, arrêtée par Caton? Le principe que consacre cette règle, au lieu de constituer une singularité, n'est-il pas, au contraire, l'expression du droit commun? La législation romaine, en effet, admettait en thèse générale qu'un acte nul *ab initio* ne pouvait se confirmer par le laps du temps, comme le prouve la loi 29, *De reg. jur.* [1], conçue de la manière la plus large : *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.* On trouve, à l'occasion des stipulations, la même idée énoncée au paragraphe 2, Inst. *De inut. stip.;* et l'analogie avec la règle Catonienne existe parfaitement, puisqu'il était permis de stipuler sa propre chose conditionnellement [2], tandis qu'une stipulation pure et simple eût été inutile. Les institutions d'héritier étaient pareillement appréciées d'après le même point de vue, ainsi que l'atteste la loi 210, *De reg. jur. : Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest.* L'assimilation sous ce rapport entre les institutions et les legs est mise en relief dans la loi 201, *eod. tit. : Omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.* De tous ces textes il ressort clairement que la nécessité d'une validité *ab initio* est une condition commune pour tous les actes de droit, de sorte que la règle Catonienne apparaît comme une superfluité.

11. La solution de cette difficulté a été, suivant nous, ingénieusement exposée par M. de Vangerow [3]. Sans doute, fait observer cet auteur, en principe, c'est l'*initium* d'un acte qui doit être pris en considération pour statuer sur sa validité. Mais où doit-on placer cet *initium,* quand il s'agit de dispositions testa-

rer valable, si le testateur avait survécu au mariage; mais rien ne justifie cette restriction quant au temps fixé pour l'accomplissement de la condition. Nous pensons que Paul se préoccupe d'une difficulté qui peut se présenter pour tout legs conditionnel à l'époque du testament, mais transformé en legs pur et simple du vivant du testateur. En ce cas, le *dies cedens* arrive *mortis tempore;* néanmoins, on se préoccupera de l'état des choses au moment réel de la mort, et non rétroactivement au moment de la confection du testament.

[1] D. (50-17).

[2] L. 31, *De verb. oblig.*, D. (45-1).

[3] *Lehrb.*, t. II, § 540, obs. III, n° 1.

mentaires? Probablement certains esprits voulaient distinguer entre les institutions et les legs. En ce qui concerne l'institution, il n'y eut jamais de difficulté à en fixer l'*initium* dès l'époque de la confection du testament. On sait que le testament *per æs et libram*, encore usité au temps des jurisconsultes, consistait au fond dans une *mancipatio familiæ*, c'est-à-dire dans un contrat solennel intervenant entre le défunt et l'*emtor;* et, malgré l'altération qu'avait subie cette forme *primitive*, on continua à considérer le testament comme un *negotium quod agitur inter testatorem et heredem* (§ 10, Inst. *De test. ordin.*), ce dernier tenant lieu de l'ancien *emtor : heredi qui imaginem vetustissimi familiæ emtoris obtinet* (ibid.). Quant aux legs, au contraire, il n'y avait aucun *negotium* entre le testateur et le gratifié. Jamais le légataire ne participa au testament. Il suffisait d'une déclaration de volonté unilatérale chez le disposant. Dès lors, on conçoit qu'aux yeux de quelques jurisconsultes le legs pût être regardé (ce qui assurément n'avait rien de déraisonnable) comme un acte dont l'*initium* devait être retardé jusqu'au jour de la mort. Mais cette opinion fut repoussée notamment par Caton, dont le sentiment prévalut; et, par suite, il y eut nécessité de formuler une règle particulière, dont le but était de fixer au moment même du testament l'*initium* du legs. Toutefois la règle ne fut pas absolue; il y eut un tempérament, admis peut-être par Caton lui-même, introduit peut-être par la jurisprudence. On sépara les legs qui devaient avoir un effet immédiat dès la mort du testateur, et ceux dont l'effet ne devait se produire que plus tard; distinction fondée probablement, comme nous l'avons dit, sur cette idée, que chacun est censé régler ses dispositions dernières comme si la mort allait le frapper sur-le-champ.

12. La règle Catonienne fut par conséquent destinée à sanctionner le triomphe de ceux qui plaçaient habituellement l'*initium* des legs au jour du testament. Elle n'était donc qu'une confirmation, à l'occasion des legs, du principe général : *Quod initio vitiosum est...* Seulement la tournure qui fut donnée à ce principe dans son application aux legs n'était peut-être pas heureuse. Déjà nous avons vu Celse critiquer la rédaction de la règle. Ne peut-on pas dire également qu'elle se trouve en échec, quand il s'agit du calcul de la quarte Falcidie? Supposons qu'un homme, peu solvable au moment où il teste, fasse des

legs purs et simples qui dépassent de beaucoup les trois quarts de son patrimoine, tel qu'il existait au jour du testament, mais que, sa fortune s'étant augmentée avant sa mort, l'hérédité soit suffisante pour satisfaire à tous les legs, sans entamer le quart réservé à l'héritier. Il est certain que les legs devront être exécutés intégralement, tandis que, en appliquant littéralement la règle Catonienne, ils seraient passibles d'une réduction. Si, au lieu de poser cette maxime : *Un legs, qui serait inutile, au cas où le testateur mourrait de suite, doit rester inutile, quelle que soit l'époque du décès*, on s'était borné à dire : *Un legs doit être valable* AB INITIO, *et* L'INITIUM *du legs pur et simple est le moment même du testament*, toute équivoque eût été évitée. Il n'y avait qu'un doute à résoudre, la date de l'*initium* pour les legs. Cette date une fois fixée, la nécessité d'une validité *ab initio* allait de soi, en conformité du droit commun. C'eût été l'affaire de la doctrine de discerner les éléments qui se rattachent à l'*initium* d'un acte. Or, il est clair que la mesure d'après laquelle la part des légataires ne doit pas dépasser les trois quarts, n'appartient pas à l'*initium* des legs, son application ne pouvant être faite qu'autant qu'il y a une masse connue, dont la division suivant telles ou telles proportions est possible. Du reste, la jurisprudence romaine, sans se préoccuper de la lettre de la règle Catonienne, n'hésita pas sur ce point. Ce fut le moment de la mort du testateur qui fut pris en considération pour déterminer le calcul de la Falcidie ; et cela devait être, puisque la loi, dont les termes nous ont été conservés [1], laissait à chaque citoyen la faculté de léguer autant qu'il voudrait, sauf cette restriction : *Ne minus quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant*. Il ne pouvait y avoir d'hérédité qu'une fois le décès arrivé, suivant cet adage : *Nulla est viventis hereditas*.

13. Ne doit-on pas rattacher à l'influence de la règle Catonienne cette condition exigée anciennement pour la validité du legs *per vindicationem*, d'après laquelle il n'y avait que les choses appartenant *ex jure Quiritium* au testateur, soit à l'époque du testament, soit à l'époque du décès, qui pussent être léguées de

[1] Voir l. 1, pr. *Ad leg. Falc.*, D. (35–2).

la sorte, suivant le témoignage de Gaïus et d'Ulpien[1]? On conçoit que le testateur ne peut recourir efficacement à la formule *do lego* que quant aux objets dont il est propriétaire. Peu importe qu'il ait acquis cette qualité au moment où il meurt, si, à l'époque où il teste, il n'était pas autorisé à transmettre le droit de revendiquer, toutes les fois du moins que le legs doit être apprécié, en se plaçant à l'époque de la confection du testament. Mais, d'un autre côté, si l'exigence dont on usait en cette matière tenait à la règle Catonienne, il faudrait décider que, dans un legs *per vindicationem* laissé conditionnellement, la propriété n'était pas requise au moment du testament. Les auteurs sont divisés sur cette question. Hugo[2] et Harnier[3] enseignent l'affirmative, que M. Arndts[4] n'adopte pas, à raison de la manière générale dont s'expriment Gaïus et Ulpien. Nous serions disposé à admettre la première opinion. On s'explique du reste l'absence de documents sur ce point, parce que, depuis le sénatus-consulte Néronien, la rigueur appliquée autrefois au legs *per vindicationem* dut disparaître, et que, désormais, la validité du legs même pur et simple ne pouvait être douteuse, quand la chose léguée se trouvait au décès dans le patrimoine du testateur.

14. Nous ne devons pas cependant passer sous silence un texte qui a été invoqué en faveur de l'opinion que nous préférons, la loi 24, § 1, *De legat.* I, ainsi conçue : *Si usumfructum habeam, eumque legaverim, nisi postea proprietatem ejus nactus sim, inutile legatum est.* Il s'agit ici d'un legs d'usufruit, par conséquent d'un legs exempt de la règle Catonienne. Le testateur, qui n'est qu'usufruitier lors du testament, dispose d'une chose qui ne lui appartient pas à ce moment, en laissant un usufruit qui ne doit commencer qu'après sa mort. Cependant le legs est valable, si la propriété est acquise postérieurement au testament. Les commentateurs ont l'habitude de

[1] Gaïus, II, 196; Ulp., XXIV, 7. — Pourvu que la propriété existât chez le testateur au moment où il disposait, cette circonstance fût-elle ignorée de lui, le legs était valable. Voir l'espèce prévue par la loi 44, § 1, D. *De legat.*, I (30).

[2] *Rechtsgesch*, 11e édition, p. 569.

[3] *De reg. Cat.*, § 10 et § 26.

[4] *Loc. cit.*, § 4.

voir dans cette décision une dépendance de la règle Catonienne: le legs eût été nul, disent-ils, si le testateur fût mort immédiatement; néanmoins il peut *convalescere*, puisque, dans l'espèce, le *dies cedens* n'a lieu que *adita hereditate*. — A nos yeux, la difficulté n'est pas de comprendre comment le legs est valable, quand le testateur est devenu propriétaire, mais comment il ne le serait pas à défaut de cette acquisition. Pomponius, en effet, auteur de ce texte, n'ignorait pas le sénatus-consulte Néronien : et, dès lors, pourquoi le legs n'aurait-il pas été maintenu à titre de legs portant sur une *res aliena*, le sénatus-consulte s'appliquant aussi bien au legs d'usufruit qu'à celui de propriété, comme le prouve le paragraphe 85, *Vat. fragm.*? Il semblerait qu'aucune équivoque ne peut s'élever sur la pensée du testateur, quant à la portée de son droit, puisqu'il n'était qu'usufruitier. Nous croyons cependant qu'il faut dire que le testateur n'a pas entendu ici léguer la chose d'autrui, et grever ses héritiers de la charge de se la procurer. Ce qu'il a légué, c'est son propre usufruit : *Eumque legaverim*. Sans doute il a commis une erreur grossière : mais cette erreur ne pouvait être invoquée par le légataire pour imposer aux héritiers l'obligation d'acquérir l'usufruit qui ne se trouverait point *in hereditate*. Du moment, au contraire, où la chose léguée fait partie du patrimoine lors du décès, le legs sera valable, nonobstant l'erreur, *quia extrema voluntas defuncti potest habere*, § 11, Instit. ***De legat.***

15. Remarquons, avant de quitter ce point, que les rédacteurs des Institutes de Justinien, en copiant Gaïus, suivant leur usage, ont conservé[1] une ancienne règle analogue à celle que nous venons d'examiner. L'affranchissement, comme le legs *per vindicationem*, n'avait des effets directs qu'autant que l'esclave appartenait au testateur *utroque tempore*. Cette décision était en harmonie avec la règle Catonienne, et avec les principes du legs *per vindicationem*, auquel on peut assimiler l'affranchissement considéré comme legs de la liberté. Mais s'accorde-t-elle bien avec les réformes de Justinien, qui a voulu donner toujours aux legs le plus d'énergie possible, et procurer au légataire l'action *in rem* toutes les fois qu'il y a moyen de le faire? Assurément, sous Justinien, le légataire d'une chose qui n'a été acquise

[1] Voir § 2, *in fine*, *De sing. reb. per fideic.*

que depuis le testament, pourra prétendre à la revendication. Pourquoi l'esclave affranchi par testament, qui n'appartenait pas au défunt lors du testament mais qui lui appartenait lors du décès, n'aurait-il pas la liberté directe *ex testamento*, ce qui correspondrait à l'action *in rem* pour le légataire d'un objet, qui n'est entré dans le patrimoine du disposant qu'après la confection du testament? La distinction maintenue par Justinien n'est pas sans importance : l'esclave devenant libre *ex testamento*, il serait *libertus orcinus*, et les droits de patronage profiteraient exclusivement aux *liberi*, héritiers ou non du testateur, tandis que, s'il obtient la liberté par suite d'un fidéicommis, il la devra seulement aux héritiers institués, et aura ceux-ci pour patrons.

16. Nous avons indiqué les motifs qui ont nécessité l'adoption d'une règle spéciale, quant aux legs, qui est devenue la règle Catonienne. Si notre explication est exacte, la règle ne devait fonctionner que pour les legs[1], et non pour les institutions d'héritier, à l'égard desquelles l'*initium* n'a jamais fait difficulté. Cette circonscription de la règle ressort clairement de sa formule, telle que nous la donne Celse : *Id legatum...* Aussi ne devons-nous pas nous étonner de voir Papinien déclarer dans la loi 3, *h. t.*, que cette règle n'a pas trait aux hérédités. Cependant Cujas a soutenu énergiquement et à plusieurs reprises la thèse inverse, qui a été suivie par Pothier, et que l'on trouve encore dans nos meilleurs auteurs modernes, qui font intervenir la *célèbre règle Catonienne*, quand il s'agit d'apprécier la validité d'une institution[2]. Essayons de vider ce point important sur lequel on dispute depuis longtemps.

17. Pour écarter l'obstacle qu'élève contre son système la loi 3, Cujas[3] déclare ce texte altéré. Il affirme qu'il faut le corriger, en lisant : *libertates* au lieu de : *hereditates*. Le motif en est évident,

[1] Nous examinerons plus loin la question de savoir si la règle était applicable aux fidéicommis.

[2] Le savant doyen de la Faculté de Caen pense que si, en droit romain, la capacité de l'institué était exigée à l'époque de la confection du testament, c'était là une conséquence soit des formes solennelles du testament *per aes et libram*... soit surtout de la règle Catonienne. Voir *Traité des donations*, etc., t. I, n° 715, p. 724.

[3] Obs. IV-4.

ajoute notre grand jurisconsulte. Pour un affranchissement, le *dies cedens* n'a lieu que *adita hereditate*, la liberté n'étant acquise qu'à ce moment. Aussi Papinien rapproche-t-il les affranchissements et les legs dont le *dies cedens* n'arrive que *post aditam hereditatem*. Dans les deux cas, la règle Catonienne doit être écartée. — La correction proposée par Cujas ne repose sur l'autorité d'aucun manuscrit ; aussi est-elle justement repoussée par Favre[1]. Quant au raisonnement de Cujas, il ne saurait nous toucher : il ne repose que sur une erreur, sur cette idée fausse à notre gré, savoir que, pour les affranchissements testamentaires, il y aurait un *dies cedens* proprement dit. Nous n'avons vu nulle part que les jurisconsultes romains se préoccupassent du *dies cedens* en cette matière. Qu'importe que l'individu affranchi par testament ne devienne libre qu'à l'adition d'hérédité ? C'est un résultat analogue à celui qui se produit pour l'acquisition de la propriété de la chose léguée *per vindicationem*, acquisition qui est contemporaine de l'adition, bien que le *dies cedens* ait lieu dès la mort du testateur. Les effets du *dies cedens* sont d'opérer la transmissibilité en faveur des héritiers du légataire, de déterminer le bénéficiaire du legs, de régler quelquefois la composition du legs quand il porte sur une *universitas*. Lequel de ces effets peut trouver place à l'occasion d'un affranchissement testamentaire ? Il y a, si l'on veut, dans un affranchissement par testament, une disposition analogue à un legs ; mais il n'y a pas véritablement legs. Aussi les affranchissements testamentaires étaient-ils soumis à des règles particulières, et notamment ils n'étaient pas assujettis au calcul de la quarte Falcidie[2].

[1] *Conject.* XII-19.

[2] L'argument présenté par Cujas a été invoqué par M. Arndts (p. 234), dans le but d'établir que la nécessité de la propriété *utroque tempore* quant au legs *per vindicationem* ne se rattachait point à la règle Catonienne. En effet, dit-il, la même condition était requise pour la validité de l'affranchissement, bien qu'ici le *dies cedens* n'eût lieu que *adita hereditate*. — Nous répondons qu'en matière d'affranchissement il n'y a pas de *dies cedens*. Si le testateur ne peut affranchir directement que les esclaves qui lui appartiennent *testamenti tempore*, c'est précisément parce que les affranchissements, comme les legs, doivent être tels qu'ils seraient efficaces, si le testateur mourait sur-le-champ. Il n'a pu user de la formule : *liber esto* que pour l'esclave qui était à lui au moment où il testait. L'argument peut d'ailleurs être rétorqué contre le système de Cujas. S'il n'y avait à s'occuper de la

18. La difficulté de la question se complique quand on rapproche de la loi 3 la loi 4, dans laquelle Ulpien dit que la règle Catonienne ne concerne pas les institutions *conditionnelles : placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.* Il semble, dès lors, qu'on est autorisé à conclure de là qu'elle s'applique aux institutions pures et simples, ce que Cujas et Pothier tiennent pour incontestable, de sorte qu'il y aurait parité entre les legs et les institutions. Aussi quelques auteurs ont-ils concilié les lois 3 et 4, en ajoutant dans la première de ces lois le mot *conditionales*, correction qui n'est pas plus légitime que celle de Cujas, et qui, d'ailleurs, a le défaut d'étendre aux institutions d'une certaine nature une règle qui n'a jamais été faite en vue des institutions.

19. D'autres explications ont été proposées de la part de ceux qui regardaient la règle de Caton comme étrangère aux institutions. Accurse et Bartole ont supposé qu'Ulpien voulait parler des legs qui se trouvent écrits dans un testament où l'héritier institué l'aurait été conditionnellement. Cette interprétation compte encore aujourd'hui pour partisans des esprits de mérite [1]. Il faut avouer que, si telle était la pensée d'Ulpien, il se serait exprimé d'une façon bien obscure. Ce n'est pas tout : le vice capital de cette interprétation est d'imputer à Ulpien, comme l'a fait observer Favre, une erreur qu'il ne peut avoir commise. Les textes abondent, en effet, pour démontrer qu'un legs n'en reste pas moins pur et simple pour accompagner une institution conditionnelle. C'est la doctrine enseignée uniformément, avec ses effets pratiques [2], par Gaïus, l. 107, *De cond. et dem.* (35-1); par Papinien, l. 99, *eod. tit.*; par Paul, l. 1 et 21, § 1, *Quand. dies legat.* (36-2); enfin par Ulpien lui-même, l. 7, § 4, *eod. tit.*

20. Favre, qui nous paraît avoir bien saisi le sens de la règle

régularité de l'affranchissement que *adita hereditate*, pourquoi serait-il nécessaire que l'esclave fût la propriété du testateur dès l'époque de la confection du testament ?

[1] Voir M. Ortolan, *Explication*, etc., t. II, p. 574, note 2.

[2] En pareil cas, le *dies cedens* avait lieu *mortis tempore*. Que l'on suppose un maître institué sous condition, et son esclave gratifié d'un legs pur et simple; il est évident qu'au cas de mort immédiate du testateur, le legs ne saurait subsister, puisque, suivant les expressions de Julien, l. 17, *Quand. dies*, etc., *in ejusdem personam et emolumentum legati et obligatio juris concurreret.*

Catonienne, dont il a judicieusement indiqué les motifs, ne trouvant pas moyen d'expliquer le mot *conditionales*, aboutit à dire qu'il faut l'effacer, comme ayant été ajouté par quelque ignorant interprète[1]. Quelque violente que soit cette conjecture, elle n'est pas absolument à dédaigner. Pour nous, nous serions plus enclin à croire que la loi 4 n'est qu'une transformation maladroite d'une proposition, qui, appliquée en matière de legs dans un autre texte d'Ulpien, la loi 41, § 2, *De legat.* I, et énoncée d'un façon en apparence générale (*ad conditionalia Catoniana non pertinet*), est devenue sous la plume de Tribonien une règle concernant toutes les dispositions conditionnelles, et, par suite, les institutions. Quoi qu'il en soit de cette supposition, Favre a eu raison de critiquer la doctrine qu'on a souvent cherché à étayer sur la loi 4, et qui consiste à prétendre que, pour une institution conditionnelle, la capacité d'être institué, la *testamenti factio*, n'était pas requise en la personne de l'héritier dès l'époque de la confection du testament, doctrine en opposition formelle à la loi 59, § 4, *De her. instit.*, D. (28-5).

21. Mühlenbruch[2], qui partage l'avis de Favre sur ce dernier point, essaye de tirer parti de cette exigence du droit romain relativement à la *testamenti factio* chez l'héritier, pour donner le sens suivant au fragment d'Ulpien. Le jurisconsulte n'aurait eu en vue la règle Catonienne que quant au tempérament dont elle usait à l'égard des legs conditionnels, qu'elle tolérait sans s'inquiéter de l'état des choses à l'époque du testament. C'est en faisant allusion à cette exemption de la règle dont jouissaient les legs de cette sorte, qu'Ulpien aurait entendu dire qu'on ne devait pas traiter avec la même indulgence une institution conditionnelle. Mühlenbruch, cependant, finit par avouer que les compilateurs auraient mieux fait de ne pas admettre ce texte, qui pouvait prêter à des malentendus. Nous ajouterons que nous n'apercevons pas le rapport sous lequel l'institution conditionnelle devrait être traitée plus sévèrement que le legs conditionnel ; car nous établirons plus loin que ce dernier lui-même exigeait de la part du légataire la *testamenti factio* dès la confection du testament.

22. En définitive, il nous semble assez difficile de trouver une

[1] *Utpote quæ in textum haud dubio irrepserit ex glossa imperiti interpretis.*
[2] Suite de Glück, t. XXXIX, § 1437, p. 145 et suiv.

signification satisfaisante à cette malencontreuse phrase d'Ulpien, qu'on peut soupçonner ne pas lui appartenir, ou du moins avoir été détachée de ce qui l'entourait, et servait à préciser la pensée du jurisconsulte. Au surplus, la doctrine exprimée dans ce texte, prise à elle seule, abstraction faite des inductions qu'on a voulu en tirer *à contrario*, n'a rien que de légitime. S'il est certain, en effet, que la règle Catonienne est étrangère aux institutions, elle ne concerne pas plus celles qui sont conditionnelles que celles qui sont pures et simples. La loi 4 n'est embarrassante qu'à raison de ce qu'elle semble séparer les institutions conditionnelles de celles qui ne le sont pas. Or, on sait combien est peu concluant, en général, un argument *à contrario ;* et, dans le sujet qui nous occupe, les données de l'histoire sur les formes du testament en droit romain mettent hors de doute cette proposition, que la règle Catonienne n'a pas été introduite en vue des institutions d'héritier.

23. Développons maintenant les conséquences qui découlent du système que nous adoptons. Au premier abord, on pourrait croire que ce débat est inutile, et qu'il est indifférent d'écarter ou non la règle Catonienne quant aux institutions, puisqu'il est constant que leur validité devait être jugée suivant des principes analogues à ceux qui, pour les legs, avaient fait établir la règle Catonienne. Seulement ici ce mode d'appréciation aurait toujours été incontesté ; on aurait admis dès l'origine la nécessité d'une validité *ab initio*, nécessité exprimée dans la loi 210, *De reg. jur.* Ce ne serait donc que pour l'honneur de la vérité historique qu'il importerait de restreindre aux legs la règle Catonienne. Telle est, en effet, l'opinion positivement énoncée par M. de Vangerow. Le savant professeur d'Heidelberg déclare que dans sa conviction il n'y a aucun inconvénient à transporter aux institutions la formule de Caton, en admettant cette maxime : *Quæ heredis institutio, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutilis foret, eam, quandocunque decesserit, non valere.* Ce serait uniquement une superfluité, mais nullement une inexactitude.

24. Nous ne pouvons nous associer à cette théorie. Nous pensons, au contraire, qu'en matière d'institutions, la jurisprudence romaine n'a admis d'autre règle que celle-ci : *Quæ ab initio inu-*

tilis fuit institutio non potest convalescere, ce qu'il ne faut pas confondre avec la règle Catonienne. La première règle, effectivement, en se contentant d'un *initium* valable, laisse le champ ouvert à l'interprétation, pour discerner quels sont les éléments constitutifs de l'*initium*. La seconde règle a l'inconvénient de couper court à cette discussion, en réduisant purement à une question de date la question de savoir si un legs peut être efficace. Déjà nous avons fait observer [1] que la rédaction de la règle Catonienne n'était pas à l'abri de critique. Nous allons constater qu'à l'occasion des institutions, les jurisconsultes, n'ayant à s'occuper que du point de vue d'un *initium* valable, ont raisonné plus librement que s'ils avaient été astreints à obéir à une règle Catonienne.

25. Les commentaires de Gaïus (II, 123) nous ont révélé une controverse importante, qui s'était élevée entre les deux écoles, et qui tenait précisément à une manière différente d'envisager l'*initium* d'une institution. Les Sabiniens et les Proculéiens étaient en désaccord sur le point de savoir quelle était sur le testament du père l'influence de l'omission du *filius in potestate*. Les Sabiniens estimaient que la précaution d'instituer ou d'exhéréder rentrait dans ce qui constituait l'*initium*. Nonobstant le prédécès du *filius*, ils tenaient le testament pour nul, par ce motif que donne Gaïus : *Scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio.* Les Proculéiens, au contraire, admettaient une distinction. Sans doute, disaient-ils, le testament sera nul, si le fils survit au père ; ce dernier mourra alors intestat. Mais, dans le cas inverse, l'institution sera valable, l'omission du fils ne frappant pas, à leurs yeux, le testament d'une nullité originaire. C'est encore Gaïus qui nous l'apprend : *Quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio præterito.* — De ce que l'opinion Sabinienne a été préférée par Justinien, il ne s'ensuit pas qu'elle fût la meilleure. Pourquoi gêner à l'avance l'exercice de la *testamenti factio* en vue d'une éventualité que l'avenir doit écarter? Les Proculéiens voulaient bien protéger le fils, si besoin était de le faire ; mais ils exigeaient, comme nous le dirions aujourd'hui, qu'il y eût un intérêt né et actuel ; il leur répugnait de faire profiter des agnats fort éloignés peut-être d'une règle

[1] Voir p. 7.

qui n'avait été introduite qu'en faveur du descendant. En un mot, les Sabiniens raisonnaient, à l'égard d'une institution, comme Caton raisonnait à l'égard des legs, tandis que l'autre école s'écartait de ce point de vue. Comme ce débat subsistait encore sous Gaïus, par conséquent à une époque où la règle Catonienne était généralement reçue, et appliquée même avec rigueur quant aux legs précisément par les Proculéiens, comme nous le verrons, il faut en conclure qu'il n'existait pas, pour les institutions d'héritier, une règle semblable. Si elle eût été admise en cette matière, telle que la formule M. de Vangerow, comment un Proculéien aurait-il pu décider que la survie du testateur au fils autorisait à déclarer le testament valable, malgré l'omission du fils?

26. Une autre hypothèse va nous servir à vérifier si réellement, en droit romain, il fallait admettre pour les institutions, comme pour les legs, que celles qui eussent été inutiles en cas de mort immédiate n'étaient point susceptibles de devenir efficaces. On sait que la loi Ælia Sentia déclarait nuls les affranchissements faits par un testateur insolvable, instruit de son insolvabilité. Tout au plus pouvait-il affranchir un esclave, afin de se donner un héritier nécessaire. Mais un affranchissement unique suffisant pour atteindre ce résultat, les autres étaient sans valeur, fussent-ils accompagnés d'une institution; le premier esclave institué était seul libre. Que fallait-il décider, si un homme insolvable avait institué plusieurs esclaves, mais que, par suite d'un accroissement de fortune survenu entre la confection du testament et le décès, l'hérédité se trouvât solvable? On ne peut guère douter qu'en pareil cas les diverses institutions ne fussent valables. En effet, la condition nécessaire pour appliquer la prohibition d'affranchir est qu'il y ait un *eventus damni*, lequel ne se rencontre pas ici. Aussi la loi 18, pr. *Qui et a quib. man.*, D. (40-9), dit-elle : *Nam sicut aucta hereditas prodest libertatibus, ita nocet diminuta* [1]. Cette décision n'est pas en contradiction avec la seule règle qui doive être observée, suivant nous, c'est-à-dire que l'institution *ab initio* soit exempte de vice et conforme au droit. Telle est, en effet, l'institution du *servus proprius cum libertate*. Quant au défaut de préjudice pour les

[1] Voir dans le même sens la loi 57, *De manum. testam.*, D. (40-4).

créanciers, c'est un point qui ne saurait être considéré comme se rattachant à l'*initium* de l'institution, puisqu'il s'agit d'une éventualité, d'un danger hypothétique, dont l'existence ne s'est pas réalisée. Si l'on s'en tient à cette exigence, qui consiste dans la pureté de l'*initium*, elle reçoit satisfaction. Si l'on procède, au contraire, de la sorte : *Toute institution, qui aurait été inutile en cas de mort immédiate, doit rester inutile*, il faudrait décider qu'un seul esclave sera libre et héritier.

27. Nous trouvons une solution conforme à cette doctrine dans la loi 42, D. *De her. inst.* Un homme insolvable, ayant deux esclaves du même nom (*duos Apollonios*), les avait affranchis et institués l'un et l'autre. Avant l'ouverture des tablettes du testament, survient la mort de l'un des Apollonius. Julien décide que le survivant sera héritier nécessaire.—Cujas explique cette décision en invoquant la loi 5, *h. t.*, suivant laquelle la règle Catonienne ne s'applique pas aux *leges novæ*, caractère qui appartiendrait à la loi Ælia Sentia. Nous verrons plus loin que la loi 5 ne concerne que le *jus capiendi*. Julien ne se préoccupait pas de la règle Catonienne, étrangère, nous le savons, aux hérédités. Il examinait seulement si les institutions étaient valables *ab initio;* et à cette question il répondait judicieusement (*non inelegantер*) d'une manière affirmative. La double institution n'était viciée qu'autant qu'elle causerait un dommage aux créanciers. Or, le dommage disparaît avant que les institutions produisent leur effet[1]. A cette époque, on se trouve en présence d'une institution unique. Elle est valable, puisqu'elle n'occasionne qu'un préjudice qui doit être légalement supporté par les créanciers.

28. Nous avons déterminé le domaine de la règle Catonienne, quant au genre de dispositions de dernière volonté qu'elle est appelée à gouverner : les legs lui appartiennent, non les institutions d'héritiers. D'un autre côté, parmi les legs eux-mêmes, tous ne sont pas assujettis à cette règle. Il ne faut lui aban-

[1] M. Bachofen (*Ausg. Lehr. abhand.*, X, p. 374) induit avec raison de ce texte que l'acquisition de l'hérédité de la part de l'*heres necessarius* exigeait l'*apertura tabularum*, tandis que cette formalité était inutile pour investir de l'hérédité celui qui était *heres suus et necessarius*, comme le prouvent la loi 3, § 4, *De her. instit.*, D. (28-5), et la loi 3, *De jur. delib.*, C. (6-30).

donner que ceux dont le *dies cedens* se place à la mort du testateur ; mais il faut lui soustraire ceux dont le *dies* est postérieur. Nous n'en avons pas fini avec les retranchements que doit subir le territoire propre à cette règle. On lui a souvent attribué une extension qu'elle n'a jamais eue, et nous aurons à constater, en définitive, qu'en la resserrant dans ses véritables limites, elle n'avait qu'un jeu assez restreint.

29. Les causes d'inutilité d'un legs peuvent être variées. Celles-là seules rentreront sous la règle Catonienne, à l'égard desquelles il sera permis de distinguer, suivant que le legs est pur et simple ou conditionnel. Toutes les fois, en effet, que la nullité est indépendante de la modalité du legs, et qu'il faut rejeter une disposition conditionnelle tout aussi bien qu'une disposition pure et simple, la règle Catonienne n'a rien à faire. La nullité du legs tient alors à un principe supérieur à la volonté du testateur, tandis que l'application de la règle Catonienne est, nous l'avons dit, subordonnée à cette volonté, puisque le disposant est maître de l'écarter, en ajoutant une condition.

30. Il est d'abord évident que, si le testament est nul, par exemple quand il a été fait par quelqu'un qui n'avait pas la *testamenti factio*, l'inutilité des legs qui peuvent y être contenus ne se rattache point à la règle Catonienne. Ils suivront tous le sort du testament ; les legs conditionnels n'auront pas plus de valeur que les autres, bien que le testateur ait acquis ensuite la *testamenti factio*. La première condition, sans laquelle on ne peut songer à un legs d'aucune espèce, c'est qu'il y ait un testament valable. Mais, à l'inverse, là où se rencontre un testament valable, certaines dispositions accessoires, des legs notamment, peuvent rester sans effet. Voyons dans quels cas cette inefficacité devra être attribuée à la règle Catonienne.

31. Parmi les légataires, quelques-uns sont dépourvus de la *testamenti factio*. Faudra-t-il faire intervenir ici la règle Catonienne, et séparer les legs conditionnels des legs purs et simples? On l'a prétendu quelquefois ; mais aujourd'hui la négative est assez généralement admise, et avec raison. Celui qui est exclu de la *testamenti factio* ne peut être absolument gratifié dans un testament. Le paragraphe 24 aux Institutes, *De legat.*, énonce cette idée quant aux legs, sans faire de réserve pour les legs conditionnels. Il en était de même à l'égard des institutions d'héritier, ce

qui résulte, comme nous l'avons fait observer plus haut, des termes bien précis de la loi 59, § 4, *De her. inst.* Or, ce texte, après avoir établi la règle en matière d'hérédités, l'étend positivement aux legs et aux *bonorum possessiones*, relativement auxquelles la doctrine est confirmée par la loi 6, *De bon. poss. cont. tab.* Les lois 62, pr. *De her. inst.*, et 52, *De legat.* II, qui ont été longtemps invoquées en faveur de la thèse contraire, pour établir l'inutilité de la *testamenti factio* à l'époque du testament, relativement aux dispositions conditionnelles, ne présentent plus maintenant une objection embarrassante. Les auteurs modernes s'accordent à ne les appliquer qu'à l'absence du *jus capiendi* et non au défaut de la *testamenti factio* [1]. — Il n'y avait qu'une hypothèse en droit romain où l'on passait par-dessus l'absence de la *testamenti factio* pour donner effet à une disposition testamentaire : c'est celle où elle s'adressait à un postume externe. Jusqu'à un sénatus-consulte d'Hadrien, que nous a fait connaître Gaïus, II, 287, une pareille disposition, qui était nulle directement, pouvait être utile par la voie de fidéicommis [2]. Il est vrai que Justinien a fait disparaître l'incapacité dont était frappé le postume externe. Mais toujours est-il qu'en cela il ne s'est point inspiré de l'esprit de la règle Catonienne, puisque, dans le dernier état du droit, le legs laissé purement à un postume externe est tout aussi valable que le legs conditionnel. On ne doit voir dans la Constitution de Justinien qu'un échec assez considérable subi par la vieille règle, qui exigeait la capacité chez l'héritier ou le légataire dès la confection du testament.

32. Le legs porte sur un objet *extra commercium*, sur une chose sacrée, une chose publique, un homme libre, etc. Devra-t-on apprécier ce legs d'après la règle Catonienne, et distinguer s'il est pur et simple ou conditionnel, pour ne l'annuler que dans la première hypothèse, en le validant dans la seconde, pourvu que l'objet légué soit entré *in commercio* lors de l'événement de la condition? Les auteurs sont partagés : M. de Vangerow [3] en-

[1] Voir sur ce point notre Etude sur les lois Julia et Papia, p. 53 et suiv.

[2] Nous laissons de côté la difficulté sérieuse que présente la conciliation de ce fragment de Gaïus avec deux passages des Institutes, le paragraphe 28 du titre *De legatis*, et le pr. du titre *De bon. possess.*

[3] T. II, § 525, obs. 1, *in fine*, et § 540, I, 1.

seigne l'affirmative, qui est repoussée par M. Arndts[1]. Nous ne faisons aucune difficulté de nous rattacher à cette dernière opinion, qui est celle aussi de M. Ortolan. Les Institutes, § 4, *De legat.*, s'expriment sur ce point d'une manière bien radicale : *Nullius momenti legatum est.* Ulpien, *Reg.* XXIV. 9, exclut en pareil cas toute possibilité de legs, *quoniam*, dit-il, *dari non potest ;* et ailleurs (l. 38, § 9, *De legat.*, I), il qualifie d'acte insensé une semblable disposition. Nous trouvons une décision analogue, § 2, Instit., *De inut. stip.* Les choses qui sont absolument hors du commerce (*quæ natura suî dominio nostro exempta sunt*) ne peuvent en aucune façon être l'objet d'une stipulation (*in obligationem deduci nullo modo possunt*). Ici le doute n'est pas permis sur la valeur que pourrait donner à la convention l'adjonction d'une condition. Les Institutes repoussent également la stipulation qui serait faite en vue d'un changement espéré par les parties ; et le motif en est donné dans la loi 83, § 5, D. *De verb. oblig.* : *Casum, adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile, neque naturale est.* Si l'on ne peut songer même dans l'avenir à la possibilité d'une *datio* pour de pareilles choses, quand il s'agit d'un contrat, pourquoi en serait-il autrement à l'occasion du legs, dont le but est aussi de conduire à une *datio*, et de créer une action analogue à celle qu'engendre la stipulation ? Nous sommes donc encore autorisé à dire que la règle Catonienne est étrangère à la nullité qui affecte la disposition.

33. L'influence de cette règle apparaît seulement quand le défaut de *commercium* n'est pas absolu. C'est ce qui arrive là où la chose léguée appartient au légataire. Celui-ci est actuellement incapable d'acquérir ce qui lui est légué ; mais il n'y a qu'une incapacité transitoire, de nature à s'évanouir d'un jour à l'autre. Ici s'applique la distinction entre la disposition pure et celle qui est conditionnelle. Cette distinction, du reste, est vraie, qu'il s'agisse d'un legs ou d'une stipulation. De même qu'il n'est pas permis de stipuler purement sa propre chose (§ 2, Instit., *De inut. stip.*), tandis que la stipulation sous condition est valable (l. 31, D. *De verb. oblig.*), de même un légataire ne peut profiter du legs pur et simple d'une chose qui lui appartient (§ 10,

[1] P. 214.

Instit., *De legat.*); et cependant un legs conditionnel sera efficace, pourvu qu'à l'événement de la condition le légataire ait cessé d'être propriétaire (l. 98, D. *De cond. et dem.*). C'est ce que décide également la loi 41, § 2, D. *De legat.*, I, où la règle Catonienne est expressément invoquée, pour rendre compte de la différence de solution : *Purum igitur legatum Catoniana regula impediet; conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*

34. Ce dernier texte nous fournit une autre application de la règle Catonienne pour un cas analogue au précédent. Il s'agit d'un legs par lequel un testateur a disposé de matériaux actuellement joints à un édifice. Un sénatus-consulte, rendu sous Trajan ou Hadrien, défendait de léguer *ea quæ ædibus juncta sunt*, nous dit le paragraphe 1 de la loi 41. Cette prohibition signalée à l'occasion du legs n'avait rien de spécial à ce sujet ; elle se liait à une mesure générale. Ce qu'avait voulu le sénat, comme nous l'apprend la loi 52, D. *De cont. emt.*, c'était de prévenir la démolition des constructions. Il était interdit aux propriétaires de détruire leurs maisons de ville ou de campagne (*domum villamve diruere*), et de chercher à tirer meilleur parti de leur chose en vendant les matériaux. Par suite, le legs était déclaré nul, quand il aurait exigé pour son exécution une démolition au moins partielle. Cependant on n'assimilait point les matériaux dépendant d'un édifice aux choses qui étaient *natura sui extra commercium*. Il n'en résultait qu'un obstacle temporaire à l'aliénation, qui cessait en même temps que l'union de ces objets à un bâtiment. S'il n'était pas permis de démolir, on pouvait néanmoins prévoir une séparation qu'amènerait un accident, un incendie, un écroulement. Dans le cas où le testateur n'aurait disposé qu'éventuellement, et où la chose léguée ne se trouverait plus *ædibus juncta* lors de l'événement de la condition, le legs était valable. Ulpien traite de la même manière le legs dont nous nous occupons et celui de la propre chose du légataire.

35. Les diverses hypothèses que nous avons passées en revue, et dans lesquelles nous avons constaté tantôt que la règle Catonienne était dépourvue d'influence, tantôt, au contraire, qu'elle exerçait son empire, nous amènent à cette conclusion, que, même en matière de legs, il faut encore circonscrire la portée de la règle.

En rapprochant les exemples que nous avons examinés, nous arrivons à établir la distinction suivante. Toutes les fois que l'un des éléments essentiels à l'idée d'un legs fait défaut, la disposition est nulle absolument, non pas grâce à la règle Catonienne, que le testateur peut écarter au moyen d'une condition, mais en vertu des principes généraux, qui sont au-dessus de la volonté du défunt. Ainsi les Romains n'admettaient pas un legs au profit de quiconque n'avait point la *testamenti factio ;* ils ne le concevaient pas plus sous condition que pur et simple. Celui qui était pérégrin au moment de la confection d'un testament ne doit jamais pouvoir tirer parti d'un acte qui appartient éminemment au *jus civile*. La position civique leur paraissait quelque chose de stable, dont le changement est improbable ; et, par suite, une disposition, qui dépendrait pour sa validité d'une pareille éventualité, était repoussée péremptoirement, même quand elle était faite en vue d'un avenir dont la réalisation ne doit guère être espérée. Les Romains pensaient également que les choses entièrement hors du commerce étaient du nombre de celles sur lesquelles un mourant ne peut pas étendre ses dispositions dernières, et dicter la loi à ses héritiers. Il n'est pas décent, disaient-ils, de supposer qu'un homme libre tombera en esclavage, qu'une chose sacrée deviendra profane, etc. — Au contraire, quand l'impossibilité de léguer tient à une circonstance d'une nature ordinairement transitoire, quand l'obstacle est susceptible de disparaître facilement, il n'y a nul inconvénient à prévoir que ce qui n'est point praticable maintenant le sera plus tard. La règle Catonienne trouvait alors son jeu légitime, et il fallait séparer les dispositions conditionnelles de celles qui étaient pures et simples. L'inaptitude, par exemple, à acquérir une chose dont on est actuellement propriétaire a un caractère éphémère, qui s'efface par une aliénation, c'est-à-dire par un événement fort simple, qui se produit tous les jours, et dont l'expectative n'a rien de déraisonnable. On plaçait, nous l'avons vu, sur la même ligne, bien qu'il y eût peut-être un peu d'indulgence à cet égard, la prohibition d'aliéner les matériaux faisant partie intégrante d'un édifice.

36. En dehors de ces deux hypothèses, legs d'une *res propria legatarii*, legs d'une *res ædibus juncta*, la règle Catonienne était encore applicable quant aux legs s'adressant à des individus

qui, par leurs rapports avec la personne grevée du legs, étaient empêchés de recueillir le bénéfice de la libéralité qui leur était faite. Ces rapports étaient aisément variables ; rien de plus fréquent qu'un changement de position qui remplace l'incapacité de la veille par la capacité d'aujourd'hui. Dès lors, une disposition conditionnelle était autorisée comme n'ayant rien qui répugnât aux probabilités que réserve l'avenir. C'est, en effet, relativement aux legs faits aux esclaves de l'héritier ou du testateur que l'on voit habituellement intervenir la règle Catonienne. Les jurisconsultes s'en occupent surtout à ce propos. Nous allons examiner comment elle opérait en cette occurrence ; et ici encore nous aurons à reconnaître que les jurisconsultes sont arrivés à discerner ce qui était indispensable pour asseoir l'idée d'un legs, pour qu'il pût *consistere*, suivant l'expression romaine.

37. Occupons-nous d'abord du cas où un legs est laissé à l'esclave de celui qui est institué héritier. Un passage fort connu des Institutes de Justinien, le paragraphe 32, *De legat.*, prévoit l'espèce, et résout la question par une distinction conforme à la règle Catonienne. Si le legs est pur et simple, il est condamné *à priori*. En vain, le légataire sortirait-il *vivo testatore* du pouvoir de l'héritier. Le legs devant être nul, si le testateur fût mort de suite, la règle Catonienne empêche sa confirmation. S'agit-il, au contraire, d'un legs conditionnel, sa validité dépendra de l'état du légataire lors du *dies cedens*.

38. Si nous rapprochons les Institutes de Gaïus de celles de Justinien, nous voyons que ce point avait divisé les jurisconsultes. Gaïus (II, 244) nous fait connaître trois opinions différentes. Servius admettait indistinctement la possibilité du legs ; il voulait qu'on attendît toujours le *dies cedens*. Les Proculéiens s'arrêtaient à une solution diamétralement opposée ; ils n'épargnaient pas plus le legs conditionnel que le legs pur et simple. Enfin, les Sabiniens enseignaient la doctrine exposée par les rédacteurs des Institutes, suivant laquelle on doit tenir compte de la nature du legs.

39. De ces trois opinions, la première ne paraît pas avoir trouvé d'écho. Elle partait de ce point de vue, que, pour un legs pur et simple, l'*initium* n'est pas antérieur au décès du testateur, et contredisait ouvertement la doctrine formulée par la

règle Catonienne. Nous pouvons seulement conclure de ce que nous apprend Gaïus que, plus d'un siècle encore après Caton, il y avait des esprits qui résistaient à admettre la règle à laquelle ce jurisconsulte a attaché son nom. — La seconde opinion exagérait les conséquences qui devaient se produire en cas de mort immédiate, supposition d'après laquelle doit être apprécié un legs. Les Proculéiens disaient qu'il se formerait dès lors un rapport de dette, un *debere sub conditione*, entre deux personnes, dont l'une était sous la dépendance de l'autre, rapport qui était impossible. Cette manière d'envisager un legs conditionnel, *pendente conditione*, ne fut pas celle qui prévalut. On décida, au contraire, que, pendant l'incertitude, le légataire ne pouvait pas être considéré comme ayant acquis même une espérance, quelque chose qui fût entré dans son patrimoine. Aussi ne transmettait-il rien à ses héritiers, s'il venait à mourir tandis que la condition était en suspens. Sous ce rapport, la stipulation conditionnelle différait du legs conditionnel, ce qui est exprimé par Ulpien dans la loi 42, pr. D. *De obligat. et act.*, où il qualifie de créancier *pendente conditione* celui qui a stipulé sous condition, tandis qu'il refuse ce titre au légataire sous condition. — L'opinion des Sabiniens obint sans doute de bonne heure la préférence. Nous la trouvons énoncée dans les *Regulæ* d'Ulpien, tit. XXIV, § 23. Le jurisconsulte n'admet que sous la modalité d'une condition la possibilité d'un legs au profit de celui qui est d'une façon quelconque soumis à la puissance de l'institué[1].

40. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand il y avait institution d'une personne *alieni juris*, et legs en faveur de celui qui avait l'institué sous sa puissance, les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre la validité au moins éventuelle du legs même pur et simple. Gaïus, II, 245, nous dit que c'est un point constant (*constat*). Suivant Justinien, Instit., § 33, *De legat.*, il

[1] *Ei qui in potestate, manu, mancipiove est scripti heredis sub conditione legari potest, ut requiratur, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.* — Les jurisconsultes de l'époque classique ne faisaient aucune distinction, quelle que fût l'espèce de puissance sous laquelle se trouvait le légataire par rapport à l'institué. Sous Justinien, il n'est plus question que de la *dominica potestas*, la *manus* et le *mancipium* ayant disparu, et la *patria potestas* ne faisant plus obstacle à ce que le fils de famille puisse acquérir pour son compte tout ce qui ne provient pas *ex re patris*.

n'y a pas de doute sur cette question (*non dubitatur*). En vain, fera-t-on observer que le maître acquerrait immédiatement le bénéfice du legs, si le testateur mourait de suite. Cette mort, en fixant le legs sur la tête du légataire, ne lui assurerait pas l'hérédité pour laquelle le préalable d'une adition *jussu domini* est nécessaire. Or, il se pourrait que le légataire, avant de donner cet ordre, perdît tout droit sur l'esclave institué, parce qu'il l'aliénerait ou l'affranchirait. Dès lors, rien n'empêcherait le legs d'être efficace, puisqu'il y aurait un héritier autre que le légataire. Il faut donc attendre que l'adition se soit réalisée, pour décider le sort du legs. Telle était la doctrine commune suivie par Julien, l. 17, *in fine*, D. *Quand. dies leg.*, et l. 91, pr. D. *De legat.*, I; par Paul, l. 25, D. *dict. tit.*, et par Ulpien, Reg. XXIV, 24[1].

41. Avant d'examiner les difficultés auxquelles peut donner lieu la doctrine exposée aux Institutes, § 32, *De legat.*, il n'est pas sans utilité de bien préciser la portée de cette doctrine. Elle consiste à déclarer nul *ab initio* un legs pur et simple, quand il s'adresse à l'esclave de celui qui est institué. Cette nullité devra être admise sans réserve, toutes les fois que le maître est héritier unique *ex asse*, à raison de l'incompatibilité qui existe entre la qualité d'héritier et celle de légataire. On ne peut pas se devoir à soi-même, s'il s'agit d'un legs *per damnationem*; on ne peut pas acquérir à la fois comme héritier et comme légataire, s'il s'agit d'un legs *per vindicationem*. Mais cette incompatibilité ne dépasse point la part héréditaire de celui qui est en même temps légataire. De même que le legs fait à l'héritier personnellement est valable pour ce qui grève les autres portions

[1] La négation qui se trouve dans le manuscrit d'Ulpien doit évidemment être effacée, comme l'a fait observer Cujas (Obs. VI-37). — Dans la loi 25, Paul ajoute que, si le fils fait adition sur l'ordre du père, la valeur du legs laissé à ce dernier devra être imputée sur le quart qui doit rester à l'héritier, en vertu de la loi Falcidie (*imputabitur ei in Falcidiam*). Cette proposition était exacte à l'époque où écrivait Paul. Le legs devenait alors inutile, le père recueillant par son fils l'émolument de l'hérédité. C'est par inadvertance que les compilateurs des Pandectes ont conservé cette dernière phrase de Paul. Sous Justinien, le fils de famille acquiert l'hérédité pour lui, et il est juste qu'il ait le quart entier de la succession, abstraction faite du legs, dont le bénéfice lui échappe pour rester au père.

héréditaires, de même le legs laissé à l'esclave de celui qui n'est institué que pour partie peut être valable en ce qui concerne les fractions du legs incombant à la charge des héritiers autres que son maître. On devra appliquer ici la distinction faite au cas du *prælegatum* par le jurisconsulte Florentinus, dans la loi 116, § 1. *De legat.* I, suivant cette règle : *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest.*

42. Supposons deux héritiers, Primus et Secundus, institués pour parts égales, et un legs *per vindicationem* au profit de Stichus, esclave de Primus. Rien ne fait obstacle à la validité de ce legs jusqu'à concurrence de moitié, puisqu'il y a une moitié qui diminue exclusivement la part de Secundus. Réduit à cette mesure, le legs ne porte aucune atteinte à la part héréditaire de Primus, et ne met pas en rapport l'esclave légataire avec son maître héritier. Le même résultat se produira au cas d'un legs *per damnationem*, si le testateur, comme il arrivait quelquefois, avait grevé du legs indistinctement tous les héritiers, en disant : *Quisquis mihi heres damnas esto.* Il se pourrait même que le legs *per damnationem* fût valable en totalité, ce qui aurait lieu dans l'hypothèse où le testateur aurait fait peser ce legs uniquement sur la part héréditaire de Secundus, en léguant *nominatim ab eo.* Les choses se passeront de la même manière que si un legs avait été imposé spécialement à Secundus en faveur de Primus, son cohéritier, ce qui ne constituerait pas un prélegs proprement dit, et n'exposerait Primus à subir aucun retranchement comme légataire.

43. Ecartons cette distinction, à l'aide de laquelle le legs dont nous nous occupons pourra quelquefois être sauvé du moins en partie, et plaçons-nous en présence d'un legs qui serait entièrement nul, parce qu'il serait entièrement à la charge du maître. Comment cette doctrine peut-elle se concilier avec la *personnalité* que le droit romain reconnaît à l'esclave en matière de dispositions testamentaires, notamment en matière de legs? Le texte le plus important à ce sujet est la loi 82, § 2, D. *De legat.* II. Paul y établit très-nettement la théorie suivante : Quand un esclave est gratifié d'un legs, on ne doit, dit-il, s'inquiéter du *dominus* que sur un point, afin de savoir si ce dernier avait la *testamenti factio. Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini*

persona ad hoc tantum inspicitur ut sit cum eo testamenti factio. Hors de là, c'est la personne de l'esclave qu'il faut considérer : *cæterum ex persona servi consistit legatum.* Julien est cité comme admettant la même règle ; il en concluait que le legs n'était valable qu'autant que l'esclave pourrait en profiter s'il était libre. Peu importe que le maître fût en position de tirer parti du legs ; ce n'est pas lui, c'est l'esclave qui est légataire. La règle avait été, il est vrai, attaquée par certains esprits ; mais Paul la maintient, en faisant justice des critiques dont elle avait été l'objet. Nous trouvons une application frappante de ces principes dans un fragment de Papinien, la loi 5, D. *De servit. leg.* Le jurisconsulte y déclare nul le legs fait à un esclave d'une servitude prédiale au profit du *fundus domini* ; et il explique cette nullité en disant que si l'esclave, pour être apte à un legs, emprunte au maître la *testamenti factio*, néanmoins le legs n'est valable qu'à cette condition que l'esclave, étant libre, se trouverait en mesure de recueillir le bénéfice de la disposition, ce qui, dans l'espèce, serait impossible, parce que la liberté acquise par l'esclave ne lui procurerait pas la propriété du fonds qui doit être dominant [1].

44. La loi 82, § 2, nous fournit une autre conséquence, en sens inverse, de ce point de vue qui consiste à apprécier le legs *ex persona servi.* Le jurisconsulte Valens en avait induit, et Paul approuve cette induction, qu'il était possible de léguer à un esclave ce qui appartenait à son maître, ou ce qui était dû purement et simplement [2] à ce dernier, bien que, dans les deux cas, le legs eût été inutile, s'il se fût adressé au *dominus*, ainsi que

[1] Le paragraphe 56, *Vat. fragm.*, contient la même décision, et met en opposition avec les principes suivis à l'occasion des legs ceux qui gouvernaient les stipulations, pour lesquelles on appliquait au contraire cette règle : *Servus ex persona domini jus stipulandi habet*, Instit., pr. *De stip. serv.* Il faut cependant remarquer que le legs d'une servitude prédiale était valable, quand elle devait s'attacher à un fonds faisant partie du pécule de l'esclave, comme nous l'apprend la loi 17, § 1, D. *De legat.*, III. Le pécule, n effet, constituait pour l'esclave une espèce de patrimoine, qui lui était ordinairement légué quand il était affranchi par testament, et qu'il conservait tacitement, si le maître, en l'affranchissant entre-vifs, ne l'en dépouillait pas.

[2] On doit lire avec Cujas, dans la loi 82 : *pure*, au lieu de : *jure*, correction qui est confirmée par le texte des Basiliques.

l'établissent, pour la première hypothèse, le paragraphe 10, Instit., *De legat.*, et, pour la seconde, le paragraphe 14, *eod. tit.* Mais cette double décision n'est-elle pas en contradiction flagrante avec la règle Catonienne? Si l'on suppose, en effet, comme on doit le faire, que le testateur est décédé aussitôt après avoir testé, le legs ne doit-il pas être déclaré inutile dès l'origine, comme il le sera au cas où le légataire serait resté dans la même position jusqu'au décès, ce que reconnaît M. de Vangerow [1]. Or, la règle Catonienne veut qu'on transporte au moment du décès l'état de choses existant lors du testament; elle supprime l'intervalle entre ces deux époques. Il semble, dès lors, que le résultat doit être le même que si le *dominus* était le légataire; car, advenant la mort immédiate du testateur, le legs se fixerait au profit du *dominus*, l'acquisition ne devant pas s'arrêter un seul instant sur la tête de l'esclave, aux termes de la loi 79, D. *De acq. vel omitt. hered.*

45. Cette difficulté, dont nous avons vainement cherché la solution dans les auteurs, nous apparaît comme très-sérieuse, et nous sommes surpris qu'elle ait échappé jusqu'à ce jour à tous les commentateurs. Nous avouons qu'elle nous a fort embarrassé; aussi n'est-ce pas sans hésiter que nous proposons l'explication suivante.

E. Machelard,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*La suite au prochain numéro.*)

[1] *Lehrb.*, t. II, § 525, obs. 1, nº 4.

CODE PÉNAL DE NORWÉGE.

INTRODUCTION.

DE LA LÉGISLATION CRIMINELLE ET DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE DE LA NORWÉGE.

La Norwége a vécu, sinon libre dans le sens moderne du mot, du moins indépendante et autonome, depuis les temps les plus reculée jusqu'en 1397. La célèbre union de Calmar la fit entrer dans la grande confédération scandinave; puis, lorsque, après cent vingt ans d'existence, cette confédération fut dissoute par l'élévation de Gustave Wasa au trône de Suède, la Norwége descendit sans trop de résistance au rang de simple province du Danemark. Les événements de 1814 lui ont, par un singulier hasard, rendu sa première indépendance, et aujourd'hui, unie mais non incorporée à la Suède, elle est devenue, sous le gouvernement constitutionnel de Charles Jean et de ses successeurs, un des Etats les plus libres et les plus prospères de l'Europe.

Il serait puéril de chercher à déterminer, d'une façon précise, le vrai caractère des lois qui ont régi la société norwégienne pendant sa période de formation; ces lois, simples coutumes variant de contrée à contrée et de bourgade à bourgade, ne semblent pas avoir jamais été écrites, ou du moins leur texte n'est point arrivé jusqu'à nous. A peine trouve-t-on, dans les récits des scaldes et dans les légendes populaires, quelques traces de leur existence.

L'histoire de la législation norwégienne ne commence en réalité qu'avec le règne d'Hakân Ier (936). A cette époque, les peuplades normandes qui, pendant plusieurs siècles, avaient infesté les mers et ravagé les côtes d'Angleterre, d'Ecosse et de France, se sont relativement humanisées et civilisées; elles ont sinon perdu le goût des lointaines aventures, du moins renoncé à la piraterie. Elles se sont attachées au sol, se sont rapprochées les unes des autres, et ont cherché à se constituer en corps de nation. Après de longues luttes, qui se renouvelleront fréquemment encore dans le cours des siècles suivants, les farouches rois de la

mer, les *Jarls*, ont reconnu l'autorité suprême des successeurs de Harald Harfager, et la Norwége est devenue un royaume.

Les premières lois norwégiennes, la *heidvisia-thing*, la *frusta-thing*, la *gula-thing* et la *grägäs*, offrent un curieux tableau des mœurs germaniques dégagées de toutes les altérations que leur ont fait subir, au centre de l'Europe, la double influence du droit romain et de l'Eglise chrétienne. Ecrites sous l'inspiration de ce sentiment d'indépendance individuelle qui, ainsi que le fait remarquer M. Guizot, a toujours été la première et la plus puissante aspiration des peuples barbares, elles semblent s'attacher principalement à soustraire au contrôle du pouvoir social, en l'abandonnant au caprice des hommes ou au hasard des événements, le règlement des intérêts privés. Les crimes que nous appelons crimes de droit commun ne constituent point, à leurs yeux, des attentats dirigés contre la société tout entière, et ne nécessitent point par conséquent l'intervention de l'Etat; ce sont des crimes privés, de simples offenses personnelles, dont l'offensé ou sa famille peuvent, à leurs risques et périls, demander réparation, soit en se vengeant, soit en soumettant le coupable aux chances d'un combat ou d'une épreuve par le fer rouge ou l'eau bouillante, soit enfin en lui imposant une transaction.

Ces principes se retrouvent, bien qu'un peu altérés, dans le grand code publié, en 1274, sous le règne de Magnus VII. A cette époque, le duel judiciaire et les épreuves ont disparu; mais l'initiative de la poursuite en matière criminelle reste attribuée à l'offensé, et le droit de vengeance est consacré par la loi comme un devoir auquel nul ne peut se soustraire. Le fils ne peut prendre possession de l'héritage patrimonial qu'après avoir vengé la mort de son père. Le meurtrier est à sa merci. Mis hors la loi, il est contraint de se réfugier dans les forêts, jusqu'à ce que, fatigué d'une poursuite inutile, l'offensé consente à lui garantir la vie sauve moyennant rançon. Le coupable, en payant l'amende réclamée, doit se présenter escorté de douze hommes de sa famille, et jurer avec eux que si, dans l'avenir, il a à subir de la part de son adversaire un semblable outrage, lui aussi renoncera à sa vengeance, et acceptera la même amende à titre de réparation. Peu à peu le système des réparations pécuniaires se généralise, et l'application de la peine du talion se restreint aux cas où les crimes sont réputés sacriléges ou atroces. Tels sont

ceux qui sont commis dans les églises, au sein des assemblées populaires ou dans la maison de la victime. Le meurtre d'un homme endormi, celui d'une femme, celui d'un enfant, celui de l'hôte qu'on abrite sous son toit sont déclarés infâmes, et ne peuvent se racheter par des amendes ; il en est de même du vol, qui est puni de mort ou de servitude. Bientôt la loi impose à l'offensé l'obligation de stipuler, en dehors de l'amende à laquelle il a droit, une deuxième amende qui, considérée comme *prix de la rupture de la paix*, sera partagée entre le roi et le district. A partir de ce moment, les institutions primitives s'altèrent rapidement ; le droit de vengeance, tout en continuant à trouver sa consécration dans le texte de la loi, disparaît peu à peu dans la pratique ; sous l'influence des idées chrétiennes et monarchiques, l'action publique se substitue successivement en toute matière à l'action individuelle, et entraîne l'intervention de l'Etat dans la répression des crimes, comme dans le règlement des contestations civiles. Au dixième siècle, les parents de l'offenseur et de l'offensé étaient en quelque sorte les champions des parties ; le lien du sang leur faisait un devoir de tirer le glaive en faveur de celui qui avait besoin de leur bras, soit pour se venger, soit pour se défendre. Au douzième siècle, ces champions sont devenus des arbitres qui unissent leurs efforts pour concilier les parties et déterminer la réparation. Un peu plus tard, leur rôle s'amoindrit encore ; le roi, qui, dans chaque affaire, a l'intérêt du fisc à sauvegarder, désigne, lui aussi, un arbitre, un juge qui, d'abord, doit se borner à assister les jurés, mais que l'usage investit peu à peu de la plénitude du pouvoir judiciaire.

La civilisation norwégienne avait atteint son plus haut point de développement dans la seconde moitié du treizième siècle. Le commerce s'était étendu, l'agriculture et la marine étaient devenues florissantes. Le roi Hakan V avait noué des relations avec la plupart des cours européennes, et avait acquis assez de puissance pour que le pape Alexandre III, alors en guerre avec l'empereur Frédéric II, lui offrît la couronne impériale pour prix de son alliance. La mort de Magnus VII ferme brusquement cette ère de gloire et de prospérité. Sous les derniers rois de la dynastie des Ynglings, la guerre civile, un instant apaisée, renaît avec plus de fureur que jamais, et épuise en peu d'années toutes les richesses et les forces vives du pays. Les grandes expéditions ma-

ritimes cessent presque subitement, les diverses factions qui se disputent le pouvoir vendent à la ligue hanséatique le monopole du commerce des côtes, et consomment ainsi la ruine du commerce national. Bientôt décimée par la peste de 1348, démoralisée par la misère et l'anarchie, incapable de vivre désormais par elle-même, la nation, à bout de ressources, se laisse successivement absorber sans résistance par la Suède d'abord, puis un peu plus tard par le Danemark.

De 1397 à 1814, la Norwége n'a point d'histoire. Elle est devenue une province, on pourrait même dire une colonie danoise. Le nom de royaume lui reste, mais en fait toute initiative, toute influence politique lui sont enlevées; ainsi abaissée, elle suit obscurément et paisiblement les destinées de la métropole. Elle ne fait plus ses lois, elle les reçoit toutes faites de Copenhague. Elle en reçoit peu au surplus, car pendant toute la première moitié de cette période, les lois anciennes sont modifiées par la jurisprudence plutôt qu'abrogées par des textes nouveaux, et ce n'est qu'à la suite de la grande révolution qui, en 1661, a transformé en une monarchie héréditaire et absolue la monarchie élective et féodale du Danemark, que le gouvernement de Copenhague sent le besoin de substituer à l'antique législation nationale le grand Code civil, criminel, commercial et administratif de 1687.

Ce Code, auquel le roi Christian V a attaché son nom, n'a été ni pour le Danemark ni pour la Norwége une œuvre nationale répondant aux instincts, aux sentiments, aux mœurs des populations qu'elle était destinée à régir. Ecrit à une époque de transition, et sous l'empire des idées de centralisation et d'autorité illimitée qui entraînaient alors la plupart des monarchies européennes, il peut à juste titre être considéré comme le type des législations inspirées par l'esprit absolutiste et intolérant du dix-septième siècle. Aussi n'a-t-il pas survécu au régime politique qu'il était avant tout destiné à sauvegarder.

Il est divisé en six livres.—Le premier livre : *De re forensi sive de judicio et personis eo spectantibus*, traite de la procédure civile et criminelle. La torture y est prohibée comme moyen d'instruction; elle ne peut être employée que dans les instructions relatives aux crimes de lèse-majesté. En toute matière criminelle, l'initiative de la poursuite continue à appartenir, comme dans l'ancien droit scandinave, à la victime ou à sa famille. Les agents

du roi n'interviennent comme partie poursuivante que lorsque les parties intéressées sont hors d'état d'agir ou s'abstiennent, par crainte d'avoir, en cas d'acquittement ou d'insolvabilité de l'accusé, à supporter tous les frais de l'instance. Le livre II, relatif à l'organisation de l'Eglise nationale, détermine les devoirs et les attributions des pasteurs, qui, exclusivement soumis à l'autorité royale, deviennent en quelque sorte des officiers de police et des agents de l'administration. Le livre III : *De re civili atque œconomica*, comprend toutes les dispositions concernant le droit des personnes (naturalisation, mariage, paternité et filiation, tutelle, émancipation, etc.) et le droit administratif. Le livre IV fixe les bases du droit maritime et commercial. Le livre V : *De re propria atque aliena eoque spectantibus, sive de titulo possessionis, bonis atque œre alieno*, règle la matière des donations et testaments, des obligations, de la possession, de la prescription; etc. Enfin le livre VI : *De re sontica*, énumère les crimes et délits punissables, et détermine les peines qui doivent s'appliquer à chacun d'eux. Ce livre, comme toutes les lois pénales contemporaines, n'édicte que des peines fixes, presque toujours corporelles ou des peines perpétuelles : la mort par décapitation, la mort au milieu des supplices les plus atroces, la mutilation, la fustigation. Voici au surplus quelques-unes de ses principales dispositions :

Chapitre Ier. — Celui qui abjure la religion de l'Etat perd tous ses droits actuels et éventuels dans la succession de ses parents. — Les jésuites, moines ou prêtres catholiques qui pénètrent dans le royaume encourent la peine capitale. — L'exercice de tout culte dissident, et notamment du culte catholique, est sévèrement prohibé, si ce n'est toutefois dans l'intérieur des maisons habitées par les ambassadeurs et agents des puissances étrangères. — Celui qui blasphème doit avoir la langue arrachée, après quoi sa tête sera tranchée et clouée au poteau. *Caput ejus cervicibus abscissum, una cum lingua ei viventi exsecta, palo affigitur.* Celui qui fait un pacte avec le diable doit être condamné au feu.

Chapitre v. — L'irrévérence des enfants envers leurs parents ou les chefs de leur famille entraîne l'exhérédation et quelquefois l'exil.

Chapitre vi. — L'homicide est puni de mort; il en est de même de l'infanticide et de l'abandon d'un enfant dans un lieu

désert. — La femme qui, étant accouchée clandestinement, ne peut représenter le corps de son enfant, est réputée l'avoir tué et doit dès lors être considérée comme coupable d'infanticide. — La mémoire du suicidé est flétrie, et son corps doit rester privé de sépulture chrétienne.

Chapitre vii. — Celui qui, à la cour, mais en l'absence du roi, tire son épée du fourreau, brandit un poignard ou arme un pistolet, doit avoir la main transpercée. S'il commet un pareil méfait en présence du roi, il devient passible de la peine de mort.

Chapitre viii. — Les actes de débauche sont punis de peines corporelles; ils entraînent la peine de mort, lorsqu'ils ont été tentés ou accomplis à l'aide de violences. — La femme qui, pour la seconde fois, est convaincue d'adultère, doit être noyée; en pareil cas l'homme subit seulement la peine de mort par décapitation.

Chapitre x. — La loi distingue le vol simple du vol grave. Celui qui se rend coupable du vol simple est pour la première fois frappé de verges : s'il réitère ce délit, il encourt de nouveau la peine des verges et doit être attaché au poteau. En cas de deuxième récidive, le bourreau le marque au front avec un fer rouge, et enfin, en cas de troisième récidive, il est condamné aux galères à perpétuité. Celui qui commet un vol grave est, pour la première fois frappé de verges et marqué au front, et en cas de récidive, condamné aux galères à perpétuité. — Le galérien qui tente de s'évader devient passible de la peine de mort.

Cette législation draconienne, il est facile de le comprendre, n'a pas longtemps subsisté dans toute sa rigueur. Battue en brèche, dès le commencement du dix-huitième siècle, par les idées philosophiques, dont l'influence toujours croissante se faisait sentir jusqu'aux extrémités de l'Europe, elle a été bientôt amendée, corrigée, transformée par des lois spéciales, des rescrits, des édits et des règlements qui, en faisant prévaloir sur le système suranné des peines fixes le système plus rationnel et plus humain des peines graduées, en ont successivement bouleversé toute l'économie. Ses dispositions les plus importantes étaient à peu près tombées en désuétude, lorsque la loi du 20 août 1842 est venue l'abroger définitivement.

Les Norwégiens du dix-neuvième siècle ont, comme le législa-

teur danois de 1687, cherché dans les lois contemporaines de l'Europe, bien plus que dans leurs vieilles coutumes nationales, les bases de leur nouveau droit pénal. Faut-il s'en étonner? Non assurément. Le temps des législations bizarres est passé. Partout les coutumes locales, les usages étranges dont l'origine mystérieuse avait un caractère quasi divin, ont disparu ou disparaissent avec les conditions qui les avaient fait naître. Les peuples européens obéissent à une tendance irrésistible qui les pousse à se grouper par famille et par race: à s'assimiler les uns aux autres, et à chercher uniquement dans leurs mutuels besoins et dans les aspirations du temps présent le critérium des vérités sociales. Aussi les diverses législations qui datent des trente ou quarante dernières années, ont-elles toutes un caractère frappant de ressemblance. Presque toutes, est-il besoin de le dire? portent l'empreinte des grands principes philosophiques et humanitaires que la Révolution française a fait prévaloir au dehors après les avoir énergiquement formulés dans ses Codes.

Ce serait toutefois une grave erreur de croire que les Norwégiens, affranchis en 1814 de la domination danoise, n'aient eu d'autre souci que de copier servilement et de s'adapter par acclamation telle ou telle législation contemporaine.

Le peuple norwégien a par-dessus tout le sentiment de sa liberté et de son individualité. Il est ombrageux comme tous les petits peuples libres, et raisonneur comme tous les peuples protestants. Du fond de ses vallées sauvages et glacées, il tourne volontiers ses regards vers le midi et se montre disposé à suivre dans leur marche les diverses sociétés qui l'environnent, et surtout la grande société française, qui n'a cessé, depuis des siècles, d'être profondément sympathique à tous les Scandinaves; mais il veut que l'imitation à laquelle il se livre soit le résultat de la conviction et non de l'entraînement. Il a horreur de l'enthousiasme soudain, ce sentiment tout méridional qui, trop souvent, sert de masque à la faiblesse de l'esprit. La crainte de paraître céder précipitamment à la pression des hommes et des événements est chez lui si vive, qu'elle l'entraîne parfois à ajourner indéfiniment l'adoption des mesures les plus sages et les plus libérales.

On comprend aisément qu'avec un pareil tempérament, le législateur norwégien n'ait pu procéder à son œuvre de réforma-

tion qu'avec une extrême lenteur. Pénétré de cette vérité, que, pour produire d'heureux effets, les lois doivent, non-seulement être bonnes en elles-mêmes, mais encore répondre aux aspirations plus ou moins définies de la société qu'elles sont destinées à régir, il s'est appliqué tout d'abord à vulgariser les idées générales qui devaient plus tard se formuler en articles de loi. Il a posé les principes fondamentaux, puis a ouvert la discussion dans le pays tout entier. Cette discussion n'est pas encore close. Un demi-siècle environ s'est écoulé depuis que la Norwége est rentrée en possession d'elle-même, et la refonte de sa législation, bien que poursuivie avec opiniâtreté, est loin de toucher à sa fin.

Les principes de droit pénal ont été les premiers abordés. Après vingt années de recherches, d'études et d'interminables discussions, ils ont été résolus et condensés dans le code du 20 août 1842.

Ce code, le dernier venu peut-être parmi les codes criminels de l'Europe, est-il vraiment le moins imparfait d'entre eux? Est-il digne des soins dont son enfantement a été entouré? Approche-t-il quelque peu de l'idéal poursuivi par les criminalistes contemporains? Nous n'oserions l'affirmer; nous considérons même plusieurs de ses dispositions comme de nature à heurter les idées généralement reçues en France sur l'origine et les conditions du droit de punir.

Nos législateurs et nos publicistes modernes, en effet, en analysant et en définissant le droit de punir, l'ont presque invariablement fait dériver de l'obligation imposée à la société de veiller à sa propre conservation et à la sécurité de chacun de ses membres. Repoussant bien loin l'antique doctrine aux termes de laquelle ce redoutable droit appartenait au souverain comme un des attributs de la puissance divine, ils ne l'ont confié au pouvoir social que comme une arme défensive contre la violence et la fraude, et laissant à l'écart, comme ne relevant que de l'opinion publique et de la justice divine, tout fait coupable qui ne constitue par lui-même qu'une infraction à la loi du devoir, ils n'ont cherché à atteindre et à réprimer que les actes dont la perpétration a pour but d'attenter au droit d'autrui; ils ont, en un mot, fait de la loi pénale, non le catéchisme, mais le bouclier de la société.

Le législateur norwégien, au contraire, en énumérant les faits punissables et en déterminant les peines qui devaient les frapper, semble s'être bien moins attaché à défendre la société contre les agressions de nature à menacer sa sécurité, qu'à protéger la loi morale elle-même contre les transgressions dont elle peut être l'objet. La culpabilité dont la société a le droit de demander compte à chacun de ses membres ne résulte pas seulement à ses yeux du préjudice que tel ou tel acte peut ou pourrait causer à autrui, elle dérive avant tout et par-dessus tout de la violation de la loi du devoir, qui ne doit pas ici-bas rester dépourvue de sanction. La conséquence évidente de ce principe est l'assimilation complète au regard de la loi pénale des devoirs que l'homme a envers ses semblables à ceux que la conscience lui impose envers lui-même. L'oubli de ces devoirs constitue une faute et toute faute, du moins toute faute grave, au point de vue d'une législation qui prend la règle morale pour unique base, devient nécessairement un délit.

Nous n'avons pas à discuter ici le mérite réel de cette séduisante mais dangereuse théorie. Qu'il nous suffise de faire observer qu'en l'adoptant, les rédacteurs du Code norwégien en ont toutefois restreint l'application dans d'étroites limites. La pente sur laquelle ils se trouvaient placés était glissante et pouvait aisément les conduire à une exagération regrettable des droits de la société; ils ont su s'arrêter à temps en se contentant d'appeler les rigueurs de la loi sur certains faits qui, sans porter atteinte aux droits d'autrui, n'en ont pas moins un caractère incontestable d'immoralité.

Beaucoup de bons esprits en France estiment que le Code pénal pèche par excès de laconisme; l'élasticité de son texte, en effet, laisse parfois planer l'incertitude sur la qualification qu'il convient de donner à tel ou tel acte coupable, et l'assimilation rigoureuse établie au point de vue de la pénalité entre tous les faits de même nature (art. 401 et 405 notamment) arme souvent le juge d'un pouvoir d'appréciation que l'on peut, sans témérité, considérer comme excessif.

Les rédacteurs du Code norwégien semblent avoir pris à tâche d'éviter ce double écueil. Convaincus que la meilleure loi pénale est celle dont le texte clair et précis s'interprète en quelque sorte de lui-même et restreint autant que possible le pouvoir discré-

tionnaire du juge, ils ne se sont pas contentés de prévoir et de définir les principaux actes par lesquels l'intention criminelle peut communément se produire ; après avoir analysé ces actes et avoir opéré entre eux une classification basée sur le degré de perversité dont ils sont la manifestation, ils ont encore minutieusement recherché les circonstances aggravantes ou atténuantes qui peuvent en précéder, en accompagner ou en suivre la perpétration; ils ont spécifié ces circonstances, et ont rigoureusement attaché à l'existence de chacune d'elles des conséquences particulières qui s'imposent au juge, et que celui-ci ne peut ni aggraver, ni restreindre ; ils ont, en un mot, subdivisé les délits, tels que notre Code pénal les définit, en presque autant de délits spéciaux qu'il peut se présenter d'espèces différentes.

Ce système, nous n'hésitons pas à le dire, nous semble infiniment préférable au procédé employé par les rédacteurs du Code de 1810. Il peut, sans aucun doute, présenter dans la pratique quelques inconvénients sérieux, celui notamment de laisser parfois la société désarmée en présence de combinaisons astucieuses et déloyales que la loi n'a pu expressément prévoir ni réprimer ; mais ce danger, rare en fait, et auquel il est, du reste, toujours possible de remédier par l'adoption successive de lois spéciales, est largement contre-balancé, à nos yeux, par les immenses avantages qui découlent de la définition claire, précise et circonstanciée de chaque fait punissable, et dont les plus précieux consistent à garantir rigoureusement l'accusé contre l'interprétation arbitraire de la loi, et à renfermer dans d'étroites limites le pouvoir d'appréciation attribué au juge pour l'application de la peine.

Notre intention n'est pas d'analyser à l'avance, ni surtout de discuter au point de vue théorique les diverses doctrines formulées dans le Code norwégien sur les questions les plus délicates du droit pénal, notamment sur la tentative et sur la complicité; un pareil travail ferait évidemment sortir notre introduction des limites dans lesquelles elle doit nécessairement se renfermer. Nous nous bornons donc sur ces différents points à renvoyer le lecteur au texte même du Code; nous nous contentons également d'appeler toute son attention sur le chapitre VI relatif aux circonstances aggravantes et atténuantes ; sur le cha-

pitre XVIII, qui traite de la débauche, et sur le chapitre XXIV, intitulé : *Om forbrydelser i Embedsforelse*, c'est-à-dire : des délits commis dans l'exercice des fonctions publiques. Ces différents chapitres, dont plusieurs dispositions peuvent, du reste, être l'objet de justes critiques, forment la partie vraiment originale et nationale du Code de 1842.

Il était à craindre qu'imbue des préjugés et des passions tyranniques du luthéranisme, qui n'a cessé d'être dans toute la Scandinavie la religion de l'Etat, la libre Norwége du dix-neuvième siècle ne se crût autorisée à empiéter, comme par le passé, sur les droits inviolables de la conscience et à protéger les croyances officielles contre les hardiesses de la pensée. On constatera avec satisfaction, en lisant le chapitre VIII, que la nouvelle loi ne reconnaît plus que deux délits contre la religion, et encore ces deux délits, l'outrage public et l'entrave apportée à l'exercice du culte, peuvent-ils être considérés comme résultant de l'atteinte portée à l'ordre public et à la liberté d'autrui bien plus que de l'offense faite au principe religieux lui-même.

En résumé, le Code pénal de Norwége est, sinon un chef-d'œuvre, du moins une œuvre de sagesse et de progrès. Fruit de travaux consciencieux, de longues méditations et de scrupuleuses recherches, il présente, sans contredit, des côtés défectueux, mais il a un mérite qui nous le rend particulièrement estimable, celui de révéler à chacune de ses pages l'esprit hautement libéral qui l'a inspiré. C'est à ce titre surtout qu'il nous semble digne d'être connu et étudié par ceux qui, sans méconnaître la valeur de notre législation pénale, désirent cependant y voir introduire des modifications dont l'expérience a depuis longtemps déjà démontré la nécessité.

Tout Code pénal a pour corollaire indispensable un Code d'instruction criminelle. Le Parlement norwégien l'a compris; aussi travaille-t il opiniâtrément, depuis quinze ans environ, à remplacer par une loi compatible avec les tendances des temps modernes les anciens édits, rescrits, règlements et coutumes, dans lesquels ont dû être puisées jusqu'à ce jour les règles de la procédure criminelle. Ce nouveau travail touche à sa fin, et tout fait espérer que le Storthing de 1862 ne se séparera pas avant son entier achèvement. En attendant qu'il nous soit possible d'en retracer les dispositions, nous croyons utile d'indiquer

sommairement les procédés qui n'ont pas encore cessé d'être en usage pour l'instruction et le jugement des crimes et délits.

La Norwége possède environ cent vingt tribunaux de première instance. Ces tribunaux, auxquels sont dévolues toutes les causes tant civiles que criminelles, se composent d'un seul juge ; ce juge siége généralement d'une manière permanente au chef-lieu de sa circonscription ; cependant, dans les contrées les plus désertes des provinces septentrionales, il lui arrive parfois de se transporter de village en village pour y tenir des assises civiles et criminelles.

Lorsqu'un crime a été commis, le juge du lieu procède à l'instruction préparatoire ; il fait une enquête, interroge le prévenu, entend les témoins, fait un rapport et envoie toutes les pièces au préfet de la province, qui seul a pouvoir pour statuer sur la mise en accusation. Si la mise en accusation est ordonnée, le préfet renvoie les pièces au juge qui a fait l'instruction préparatoire, et qui, avant de statuer définitivement sur la culpabilité et l'application de la peine, doit la recommencer en son entier. Il désigne, en outre, dans la localité un avocat, dont la mission consiste à examiner de son côté toutes les pièces du dossier, à faire une sorte de contre-enquête, à signaler les témoins qui n'ont pas été entendus et dont l'audition pouvait être utile, et enfin à conclure, au nom du roi, suivant sa conviction personnelle, à la condamnation ou à l'acquittement de l'accusé. La plaidoirie orale n'est pas admise, et le juge statue par décision motivée, après avoir lu et visé le mémoire justificatif rédigé par l'accusé ou son avocat dans l'intérêt de la défense.

Le condamné peut interjeter appel de tout jugement emportant condamnation à une amende supérieure à 8 spéciès (environ 45 francs). Le préfet de la province peut de même interjeter appel, au nom du roi, de tout jugement rendu sur une poursuite susceptible d'entraîner pareille condamnation. L'appel est porté devant l'une des quatre cours de justice siégeant à Christiania, Christiansand, Bergen et Drontheim. Ces cours se composent de trois magistrats ; elles jugent sur pièces, n'entendent point de nouveaux témoins, et s'en réfèrent entièrement aux éléments recueillis en première instance, sauf au cas cependant où, ces éléments leur paraissant insuffisants, elles renvoient l'affaire au premier juge pour qu'il soit procédé à un supplément d'in-

struction. Elles sont assistées d'un rapporteur ou avocat du roi, qui, comme le délégué du préfet en première instance, a mission d'examiner de son côté toutes les pièces de la procédure, et de conclure, suivant les circonstances, au maintien ou à l'infirmation de la sentence. Cet avocat du roi n'est point devant les Cours d'appel, comme devant les tribunaux de première instance, un simple citoyen investi pour tel ou tel cas spécial d'un mandat judiciaire, c'est un véritable fonctionnaire, un magistrat chargé d'éclairer la Cour d'appel sur toutes les causes qui lui sont soumises.

Les juges de première instance et d'appel, nommés par le roi, sont inamovibles.

Au sommet de la hiérarchie judiciaire siége enfin, à Christiania, comme troisième degré de juridiction, la Cour suprême du royaume, dont les décisions sur les points de fait et de droit sont définitives et souveraines.

La Cour suprême se compose d'un président et de neuf juges nommés à vie par le roi. Elle n'est valablement constituée que par la présence de sept au moins de ses membres. Elle connaît de tous les pourvois formés, tant par les condamnés que par la partie publique, contre les arrêts de Cour d'appel emportant condamnation à une amende supérieure à 100 spécies (550 francs environ), ou rendus sur une poursuite susceptible d'entraîner une pareille condamnation. A sa barre, la discussion s'établit oralement et publiquement entre l'accusateur public désigné dans chaque affaire par le président parmi les membres du barreau et le défenseur de l'accusé [1].

Les vices de ce système d'organisation judiciaire sont trop évidents pour qu'il soit nécessaire de les signaler. Nous croyons toutefois utile de faire observer que, si parmi eux il s'en trouve quelques-uns qui, tels que l'audition secrète des témoins et la prohibition en première instance et en appel de toute défense orale, sont, en tout temps et en tout lieu, absolument condamnables, il en est d'autres, au contraire, qui, comme la confusion en une seule et même personne de la triple qualité d'officier de police,

[1] Tous les renseignements relatifs à l'organisation judiciaire actuellement en vigueur, ainsi que ceux concernant les récentes discussions auxquelles a donné lieu dans le sein du Parlement la question de l'établissement du jury en matière criminelle, nous ont été fournis par un honorable avocat du barreau de Christiania, M. C. Fougstad.

de magistrat instructeur et de juge, et l'immixtion dans les fonctions judiciaires d'un agent du pouvoir exécutif, sont en quelque sorte imposés au législateur par les conditions exceptionnelles dans lesquelles se trouve la Norwége.

On ne saurait en effet songer à appliquer intégralement à ce pays les règles qui servent de base à l'organisation judiciaire des principaux Etats de l'Europe centrale. Les quinze ou seize cent mille individus qui composent la nation norwégienne sont disséminés, nul ne l'ignore, sur un territoire à peu près égal en superficie à celui de l'Italie. De cette étrange situation dérive nécessairement pour le législateur la stricte obligation de proportionner le nombre des tribunaux à l'étendue du territoire, tout en maintenant le budget de l'administration de la justice dans les limites imposées par le nombre et les ressources des contribuables. Or, est-il possible, pour répondre à de pareilles nécessités, d'imaginer une combinaison autre que la concentration entre les mains d'un seul magistrat des différentes fonctions judiciaires que la loi française a si bien pris soin de diviser? Nous ne le pensons pas quant à nous, et notre conviction est qu'après bien des tâtonnements infructueux, les Norwégiens se verront forcés de conserver, en partie du moins, un système judiciaire qui, malgré tous ses inconvénients, est peut-être, en définitive, pour eux, le seul véritablement praticable.

L'examen des différents systèmes d'organisation judiciaire a tout naturellement et depuis longtemps déjà amené la Norwége à se préoccuper de l'établissement du jury en matière criminelle ; il est même permis d'ajouter que peu de questions y ont aussi vivement passionné et aussi profondément divisé les esprits.

Dès 1846, le gouvernement de Christiania, comprenant la nécessité de s'éclairer et d'éclairer la nation sur le mérite réel de cette grande institution, avait chargé une commission de jurisconsultes de se rendre successivement en France, en Angleterre, en Belgique, aux Etats-Unis et dans les provinces rhénanes, afin d'y étudier le mécanisme du jury sous toutes ses faces et sous toutes ses formes. En 1855, après la publication des rapports de cette commission, le Parlement s'est spontanément emparé de la question et l'a soumise à une discussion préliminaire. Il se trouvait à ce moment saisi par le gouverne-

ment d'un projet de loi ayant seulement pour objet de prescrire en toute cause criminelle l'audition publique des témoins, et de substituer d'une manière absolue à tous les degrés de juridiction la plaidoirie orale à la défense écrite. Le gouvernement ne s'était pas, à cette époque, expliqué d'une façon précise sur les modifications qu'il désirait voir apporter à l'organisation judiciaire, et n'avait pas encore nettement formulé son opinion sur les avantages ou les inconvénients qui pouvaient résulter pour le pays de l'établissement du jury ; mais tout faisait présumer que sur le premier point ses tendances l'entraînaient vers le maintient du *statu quo*, et qu'en ce qui concerne spécialement le jury, tout en appréciant son mérite intrinsèque, il en considérait le fonctionnement régulier comme impraticable en Norwége. Il était donc à craindre que, satisfaction une fois donnée à l'opinion publique par l'abandon d'un système de procédure secrète depuis longtemps condamné, le gouvernement ne s'arrêtât dans la voie des réformes et n'ajournât indéfiniment tout projet de réorganisation judiciaire.

Le Parlement pressentit ce danger et, voulant le conjurer à tout prix, déclara que la réforme de la procédure criminelle et celle de l'organisation judiciaire étaient indissolublement liées, et que dès lors le projet de loi dont on lui demandait l'adoption devait être considéré comme insuffisant et incomplet. Il le rejeta donc purement et simplement, et, pour accentuer plus encore le sens de sa résolution, institua un comité permanent qu'il chargea de préparer lui-même, et sans la coopération du gouvernement, un projet de réorganisation judiciaire compatible avec l'institution du jury.

Cette désignation par le Parlement d'un comité de permanence devant siéger, dans l'intervalle des sessions, à côté du pouvoir exécutif, ne portait-elle pas atteinte aux prérogatives de la couronne, et ne devait-elle pas dès lors être réputée inconstitutionnelle ? Nous ne nous chargerons pas de trancher cette question, qui a soulevé en Norwége les plus ardentes polémiques. Toujours est-il que le gouvernement, tout en se refusant à reconnaître l'existence légale de ce comité, ne crut pas devoir exiger sa dissolution, et, après quelques poursuites insignifiantes contre un fonctionnaire public qui avait consenti à en faire partie, le laissa paisiblement vaquer à ses travaux.

A l'ouverture de la session suivante, en 1857, le Storthing se trouva donc saisi par son comité d'une proposition très-précise tendant à l'établissement immédiat du jury en matière criminelle. Les esprits étaient à ce moment si favorablement disposés en ce sens, que, malgré l'énergique opposition du ministère, qui combattait l'institution du jury comme incompatible avec les dispositions de la constitution de 1814, le projet de loi fut, après une assez courte discussion, adopté à une immense majorité.

En présence de cette attitude véritablement hostile, le gouvernement n'avait qu'une ressource, le veto royal; il en usa sans hésiter; mais il comprit en même temps qu'il ne lui était plus possible d'ajourner indéfiniment l'examen approfondi de la question. Un revirement politique assez prononcé s'étant ultérieurement produit dans le sein du ministère, il saisit cette occasion pour modifier sensiblement les instructions primitivement données à la commission chargée par lui de la rédaction du projet de loi sur la procédure criminelle; puis, dans le cours de la session de 1859, la question de constitutionnalité du jury ayant de nouveau été agitée, il annonça que son intention n'était plus de se retrancher, comme précédemment, derrière une fin de non-recevoir, mais bien d'accepter le débat sur le fond et de discuter sans réticences et en toute liberté le mérite relatif de l'institution dont on paraissait si vivement désirer l'introduction. Il invita en conséquence le Parlement à apporter tout d'abord au texte de la loi fondamentale des modifications de nature à faire cesser toute équivoque sur l'inconstitutionnalité réelle ou prétendue du jury; en outre, tout en déclarant qu'il croyait devoir persister dans sa première proposition, il prit l'engagement de faire rédiger par une nouvelle commission un projet de Code d'instruction criminelle compatible avec l'institution du jury.

Le Parlement se trouvera donc, dans sa session de 1862, simultanément saisi par le gouvernement lui-même de deux projets de loi, l'un contraire, l'autre favorable à l'établissement du jury. Le ministère, à coup sûr, soutiendra énergiquement le premier; mais tout porte à croire cependant que, si le second est adopté, la sanction royale ne lui sera pas refusée.

On pourrait s'étonner des tendances quelque peu rétrogrades

manifestées dans ce débat par le gouvernement norwégien, qui passe à bon droit pour le plus libéral, peut-être, des gouvernements monarchiques de l'Europe. Quelques mots d'explication donneront la raison de cette anomalie, plus apparente que réelle.

Le jury est sans contredit une institution particulièrement précieuse pour tous les peuples dans le sein desquels les forces des différentes classes de la société sont assez équilibrées et les majorités assez mobiles pour que la liberté n'ait à redouter d'autre atteinte que celle qui peut résulter pour elle des envahissements et des violences du pouvoir exécutif. En France, par exemple, où, d'une part, les majorités, en l'absence de tout esprit de caste, sont toujours nécessairement trop flottantes et trop incertaines pour jamais devenir oppressives d'une façon durable, et où, d'autre part, la concentration sur un seul point de toutes les forces vives de la nation arme l'administration d'un pouvoir véritablement irrésistible, le jury, expression perpétuellement renouvelée du sentiment populaire, intervient utilement comme contre-poids à une autorité qui pourrait, sans difficulté, le cas échéant, devenir despotique.

Mais en est-il de même dans les pays où, par suite de circonstances fatales auxquelles les lois ne peuvent rien changer, la prépondérance politique se trouve, comme en Norwége, appartenir d'une manière permanente et invariable à une classe déterminée de citoyens? Il est permis d'en douter, et l'on peut, ce nous semble, craindre que dans une société ainsi constituée le pouvoir judiciaire attribué en droit au peuple tout entier ne passe bientôt en fait à la classe prépondérante, et ne devienne ainsi, entre les mains d'une majorité compacte déjà investie de la plénitude du pouvoir politique, une arme toujours menaçante pour les droits et la liberté de la minorité.

La classe toute-puissante en Norwége est celle dite des paysans, ou, pour employer un langage plus exact, celle des propriétaires des campagnes. Voici comment :

La société norwégienne, non par le caprice de la loi, mais par la nature même des choses, est loin d'être organisée comme le sont la plupart des sociétés européennes. Dans toutes nos contrées de l'Europe centrale, la population, sans être également répartie entre les campagnes et les villes, l'est cependant de

façon à laisser à ces dernières une part considérable d'influence. En outre, les habitants des villes ayant tous ou presque tous des intérêts à la campagne, et les habitants des campagnes étant de leur côté tributaires à plus d'un titre des populations urbaines, il en résulte forcément une action réciproque et une fusion d'intérêts et de personnes qui font obstacle à ce que les villes et les campagnes constituent au sein de la nation deux éléments politiques distincts.

Or, en Norwége, il en est tout autrement. L'énorme disproportion qui existe entre l'étendue du territoire et le chiffre de la population, la rigueur du climat, la nature même du sol, en rompant le rapport normal du prix de la terre au coût de l'exploitation agricole, ont pour effet fatal de concentrer d'une façon à peu près absolue la propriété rurale entre les mains des habitants de la campagne. Il est aisé de comprendre, en effet, que la terre, n'ayant, à proprement parler, de valeur que par les travaux qui la fécondent, n'est d'aucun attrait pour les habitants des villes, qui, dans l'impossibilité où ils se trouvent de la cultiver eux-mêmes, ne pourraient la posséder qu'à la condition d'en abandonner au fermier la presque totalité des produits.

Tandis donc que les habitants des villes, exclusivement voués au commerce international, à l'industrie et aux professions libérales, ne tiennent en quelque sorte au sol que par la propriété urbaine, les paysans sont en fait, et par la force même des choses, les maîtres absolus et incontestés de la campagne.

Contraints, par les raisons que nous avons énumérées plus haut, de se livrer exclusivement à la grande culture, qui seule peut leur assurer des produits suffisamment rémunérateurs, ils se groupent par familles, associent leurs terres, leurs capitaux et leurs bras, et se constituent, sous la direction du chef de la famille, le père ou le fils aîné, à l'état de communauté ou de tribu. Organisés de la sorte, ils vivent tous en commun au nombre quelquefois de vingt-cinq à trente individus, tant maîtres que serviteurs, non dans des villages proprement dits, mais au centre de leurs exploitations respectives, dans les *gaards*, ces immenses fermes isolées si pittoresquement décrites par M. Ampère.

Là ils sont réellement aussi indépendants et aussi forts que pouvaient l'être jadis les seigneurs du moyen âge au fond de leurs redoutables donjons. Séparés des villes par des distances souvent infranchissables vers la fin de l'hiver, n'entretenant avec elles pour la plupart que des rapports rares et de peu d'importance, ils vivent d'une vie exclusivement propre qui les rend impénétrables à toute influence venue du dehors. Aussi forment-ils réellement non en droit, mais en fait, une caste, un ordre dans l'Etat. Leurs députés, tous ou presque tous chefs de famille, animés par conséquent de ce sentiment d'importance personnelle que donne toujours la pratique de l'autorité, arrivent au Parlement avec des idées préconçues, qui leur font aisément confondre les intérêts généraux de l'Etat avec les intérêts particuliers de la classe qu'ils représentent, et les mettent tout naturellement en défiance contre les opinions et les tendances des députés des villes. Liés par des sentiments et des intérêts identiques, ils se groupent avec un merveilleux ensemble et, composant toujours à eux seuls les deux tiers au moins de l'assemblée, opposent aux efforts de leurs collègues des villes la masse imposante et compacte d'une majorité que rien ne peut entamer.

Or, les résolutions trois fois répétées du Storthing ayant de plein droit force de loi, et devenant, nonobstant le refus de sanction, immédiatement exécutoires, on peut dire que le gouvernement de la Norwége appartient en dernière analyse et d'une façon absolue aux propriétaires de campagne ou paysans.

L'introduction du jury, en leur attribuant juridiction souveraine sur tous les faits délictueux commis dans les circonscriptions des bailliages ruraux, aurait pour effet inévitable d'agrandir démesurément le cercle déjà bien large dans lequel se meut leur autorité, et de les rendre en quelque sorte entièrement indépendants du pouvoir central.

Un tel résultat est-il désirable ? Ne tend-il pas invinciblement à isoler de plus en plus les populations des campagnes et à leur faire considérer comme des étrangers les concitoyens des villes? Ne peut-il pas, dans un temps donné, altérer le libre et constitutionnel gouvernement de la Norwége pour le transformer en une sorte d'oligarchie démocratique, dans laquelle, au re-

bours de ce qui s'est passé jadis à Venise, les villes subiraient le joug qu'il plairait aux campagnes de leur imposer? Ne permet-il pas enfin de prévoir l'éventualité douteuse et lointaine sans doute, mais possible cependant, d'une rupture entre les deux éléments qui composent la nation norwégienne et l'anéantissement par là même de l'unité et de l'indépendance nationales? Telles sont les graves et puissantes objections que soulève l'introduction du jury dans l'organisation judiciaire de la Norwége.

Le gouvernement, il est facile de le comprendre, n'est pas seul dans le pays à en apprécier toute la portée; il a pour auxiliaires ardents et dévoués dans cette circonstance les députés des villes, les représentants du commerce, le corps enseignant, la presse, tous ceux enfin qui, pénétrés des vrais principes de la science politique, estiment qu'en dehors de l'équilibre des forces et des intérêts sociaux il ne saurait y avoir pour les libertés publiques de garanties sérieuses et durables.

Triomphera-t-il? Il serait téméraire de le présumer; mais il est permis du moins d'espérer que, dûment édifié sur les nombreuses difficultés que rencontrerait dans la pratique le fonctionnement régulier du jury, considéré comme juge du grand et du petit criminel, le Parlement consentira à en limiter la compétence et maintiendra aux magistrats inamovibles nommés par le roi la connaissance de la plupart des crimes et délits.

Le juge est en quelque sorte, au milieu des populations éparses dans les vastes solitudes de la Norwége, le seul organe du pouvoir central, ou, pour mieux dire, le seul représentant du pacte national, de la loi commune; il importe en conséquence que son autorité ne soit pas amoindrie. Cette autorité d'ailleurs n'a et ne saurait avoir rien de tyrannique ni d'arbitraire. Au-dessus du juge de première instance, siége le tribunal d'appel, et au-dessus de ce dernier, la Cour suprême, qui peut toujours être saisie dans toutes les causes qui intéressent la vie et la liberté des citoyens. Tous ces degrés de juridiction fonctionnent sous l'œil jaloux d'une presse qu'aucune loi préventive n'enchaîne, et sous le contrôle permanent d'un Parlement souverain.

Dans de pareilles conditions, la magistrature norwégienne,

utile comme institution politique, offre évidemment, en tant que corps de judicature, toutes les garanties désirables d'indépendance et d'impartialité. Son organisation peut sans doute être améliorée, mais elle ne saurait être altérée sans danger.

TENAILLE-SALIGNY,
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

BIBLIOGRAPHIE.

Traité des successions, par C. DEMOLOMBE, doyen de la Faculté de droit de Caen, etc.; t. V. Paris, Durand et Hachette, éditeurs, in-8° : 8 fr.

Le savant doyen de la Faculté de droit de Caen continue, avec autant d'activité que de succès, la publication de son *Cours de Code Napoléon*. A peine le cinquième et dernier volume de son *Traité des successions* avait-il paru, qu'il a été suivi des premiers volumes du *Traité des donations*. Aujourd'hui, nous nous proposons seulement de rendre compte du premier de ces ouvrages, à l'égard duquel nous sommes un peu en retard, nous réservant de consacrer bientôt un article spécial au second. Le tome V des *Successions* contient l'explication de la suite du chapitre VI de ce titre, à partir de la section III jusqu'à la section V; il embrasse donc la matière du payement des dettes, et celle des effets du partage, ainsi que les causes de nullité ou de rescision qui peuvent l'atteindre. C'est assez dire le puissant intérêt que présente ce livre pour les jurisconsultes. On sait notamment qu'en ce qui concerne le payement des dettes, la théorie la plus généralement enseignée jusqu'à ces derniers temps par la doctrine admettait des distinctions nombreuses, relativement aux droits de poursuite et de contribution, entre les héritiers, les légataires universels ou à titre universel et les successeurs irréguliers. Ce système a été abandonné par la Cour de cassation, dont M. Nicias Gaillard a défendu la théorie nouvelle avec beaucoup d'énergie et d'autorité. Déjà M. Demolombe avait eu l'occasion, à propos de l'article 724, de corroborer cette doctrine par son imposant suffrage et sa vigoureuse dialectique, en plaçant sur la même ligne tous les successeurs universels, au moins après la demande en délivrance pour ceux qui n'ont pas la saisine. Dans le volume dont nous parlons aujourd'hui, l'auteur a repris cette question dans son ensemble, à l'occasion des articles 870 et suivants du Code Napoléon, pour développer ses solutions avec la méthode, la netteté d'exposition et la vigueur d'argumentation qui le distinguent. Il s'est attaché particulièrement à réfuter les objections fort graves qu'on avait fait valoir contre son système,

depuis l'apparition du tome I de son *Traité des successions*, et celles notamment qu'a si bien analysées M. Colmet de Santerre, dans le quatrième volume, formant la continuation du *Commentaire analytique* du regrettable M. Demante sur le Code Napoléon (nos 152 et suiv.). Ces arguments sont combattus par l'illustre doyen de la Faculté de droit de Caen d'une manière au moins très-spécieuse. Cependant, il faut le dire, nous ne sommes pas encore bien convaincu que l'adverbe *personnellement* employé par le Code, après Pothier, pour caractériser l'obligation des légataires universels, etc. (art. 1009 et 1012), implique nécessairement l'idée d'un engagement *ultra vires* que n'admettaient ni Pothier ni l'ancienne jurisprudence. Nous reconnaissons bien que ce mot implique, en vertu de l'article 2092, l'existence d'un droit de gage général au profit du créancier sur tous les biens quelconques du débiteur ; mais il ne s'ensuit pas que *le chiffre de la dette* ne puisse être limité à la valeur des biens de la succession, non confondue avec ceux de l'héritier ! Ce sont là deux idées parfaitement distinctes. Aussi nous doutons fort que les rédacteurs du Code *aient voulu* inaugurer, par un seul mot, au moins équivoque, tout un système nouveau, relativement à la situation des successeurs à l'universalité des biens ou à une quote-part de cette universalité. Néanmoins, si l'on considère le système de la jurisprudence en lui-même, nous reconnaissons, avec notre éminent auteur, qu'il offre des avantages remarquables, soit au point de vue doctrinal et pratique, soit au point de vue philosophique. Si l'on doit admettre la jurisprudence à exercer sur le droit une influence de développement progressif, il est permis de se féliciter des tendances nouvelles des arrêts en cette matière. M. Demolombe démontre très-bien (p. 51 et suiv.), que les prétendus inconvénients qu'on attribue à son système sont singulièrement exagérés. D'ailleurs, il était difficile que la pratique se pliât à toutes les distinctions subtiles proposées par la théorie contraire. Enfin, *à priori*, nous n'avons jamais compris comment celui qui tient sa vocation de la *volonté expresse du défunt* serait moins légitimement considéré comme le continuateur de sa personne que celui qui n'invoque à son profit que la *volonté présumée* par la loi des successions *ab intestat*. La transmission héréditaire, indépendamment de ses immenses avantages sociaux, se justifie surtout en principe par

le respect dû au droit de propriété et à la volonté de celui qui en est investi. Les idées germaniques de la copropriété de la famille n'ont pu prévaloir en France sur le système plus progressif du droit romain concernant l'individualité du droit de propriété. Encore moins faut-il chercher dans la volonté arbitraire du législateur une base purement matérialiste et utilitaire au droit de succession; ce serait marcher dans une voie dangereuse, et qui aboutirait à la théorie absurde de *l'Etat maître*. En écartant tous ces faux systèmes, le Code Napoléon s'est attaché à l'idée qui fait dériver l'hérédité de la volonté du propriétaire. Or, à nos yeux, la nouvelle doctrine sur les successeurs universels est une application logique (dans un cas particulier), mais peut-être inaperçue par les rédacteurs eux-mêmes, du principe rationnel du droit héréditaire. Qu'on ne nous objecte pas l'existence de la réserve; nous croyons, avec le droit romain, qu'elle n'est qu'un appel fait par le législateur à la volonté mieux éclairée du testateur, *quasi non sanæ mentis fuerit*. Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons que signaler à l'attention du lecteur la savante discussion à laquelle s'est livré M. Demolombe, sur cette question capitale du payement des dettes, dans les numéros 8 à 65 de son livre.

La matière si épineuse de la séparation des patrimoines est traitée par notre auteur avec toute l'étendue qu'elle comporte, dans les numéros 98 et suivants. Seulement, en suivant l'ordre du Code, il a dû réserver un certain nombre de questions pour le titre des hypothèques. Néanmoins, M. Demolombe a développé d'avance tous les principes fondamentaux du sujet, et cela d'une manière aussi claire que profonde. Il nous paraît avoir très-bien prouvé que la séparation des patrimoines constitue un privilége avec droit de suite, et notamment avec la faculté de surenchérir, qui en est la conséquence la plus précieuse. Il réfute vigoureusement l'argument tiré de l'article 879 par ceux qui n'admettent pas la possibilité d'un privilége, attendu que les créanciers de la succession auraient, suivant eux, entièrement perdu, en demandant la séparation, la qualité de créanciers de l'héritier. Nous ajouterons qu'à notre sens, non-seulement le texte formel de l'article 2111, mais encore celui des articles 2112 et 2113 du Code Napoléon, impliquent nécessairement l'idée d'un privilége armé du droit de suite. Car, comment comprendre que

ce privilége, quand il a perdu cette qualité, conserve néanmoins la qualité hypothécaire qui renferme le droit de suite, si ce dernier élément n'était pas contenu déjà dans le privilége non dégénéré? Ainsi, le défaut d'inscription dans les six mois aurait procuré au créancier un droit supérieur, sous ce point de vue, à celui qu'il obtiendrait par une vigilante obstination des formes de la loi ! Ce serait là une singulière dégénérescence, et que, pour notre part, nous nous refusons à admettre.

Le législateur de 1855 a eu tort peut-être de ne pas fixer aux créanciers du défunt, *au point de vue du droit de suite*, un délai pour la conservation de leur droit, et à l'expiration duquel seulement l'*aliénation* faite dans cet intervalle pourrait être opposée à ceux qui n'ont pas inscrit. Mais cette lacune de la loi ne saurait justifier la nécessité d'un nouveau sacrifice à imposer au droit de celui qui s'est inscrit dans les six mois et *avant l'aliénation*, en le privant de la faculté de surenchérir. Du reste, la jurisprudence est en faveur de notre avis, et les gens d'affaires comprendraient difficilement un système dans lequel un acquéreur qui voit son immeuble grevé d'une inscription antérieure à son acquisition, et prise dans le délai de l'article 2111, ne devrait pas s'attendre à l'existence du droit de suite au profit du créancier.

La partie du tome V du *Traité des successions* consacrée au partage n'offre pas un intérêt moins vif que les sections précédentes. Après avoir exposé l'origine et les développements historiques de la fiction qui rend le partage déclaratif de propriété, M. Demolombe décrit d'une manière aussi nette que logique la portée et l'étendue de cette maxime ; il en développe les conséquences dans leurs applications les plus importantes. On lira avec fruit sa discussion sur la grave question de savoir si cette fiction peut s'appliquer aux créances, en vertu de l'article 832 et nonobstant l'article 1220 du Code Napoléon. Sans adopter l'opinion, plus logique peut-être, de la doctrine en faveur de la négative, le savant doyen écarte également l'extension exagérée que la jurisprudence tend à accorder au principe de l'article 883. M. Demolombe propose un système mixte qui a pour objet de concilier l'application de la fiction aux créances comprises dans le partage, avec les droits acquis à des tiers, en vertu de faits accomplis antérieurement à cette opération. L'espace qui nous

est donné ne nous permet que de signaler rapidement les remarquables développements que présente l'auteur sur les articles 888 et 892; nous lui soumettrons une simple observation sur un passage équivoque de son numéro 387 (p. 479), où une phrase semblerait supposer que la *nullité absolue* d'un partage ne pourrait plus être opposée après le délai de trente ans. L'auteur nous paraît avoir seulement voulu réserver les effets ordinaires de la prescription trentenaire au profit des détenteurs qui n'invoquent que leur possession, en la supposant utile pour prescrire; car certainement la ratification du partage en lui-même n'est possible ni expressément ni tacitement. Du reste, nous n'avons qu'à nous référer ici, en ce qui concerne ce nouveau volume de l'illustre doyen de Caen, à ce que nous avons dit des mérites généraux des précédents volumes; nous ne pourrions que répéter ici que l'auteur sait joindre en général la rigueur et la clarté élégante du style à la richesse des développements juridiques, et à l'analyse complète de la jurisprudence et de la doctrine.

G. HUMBERT,
Agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Juris antejustinianei Fragmenta quæ dicuntur Vaticana, post Ang. Maium et Aug. Bethmann-Hollweg, recognovit TH. MOMMSEN; Bonn, Marcus, Paris, Durand, 1861, in-12. Prix : 2 francs.

On sait que les Fragments dits du Vatican furent découverts en 1821 à la bibliothèque Vaticane par l'abbé Angelo Mai, dans un manuscrit palimpseste, surchargé en seconde écriture des *Collationes* de Cassien. L'abbé Mai les édita en 1823. L'édition la plus critique et la mieux restituée en fut donnée à Bonn, en 1833, par M. Bethmann-Hollweg, mais sans nouvel examen du manuscrit. Il en resta sans doute à ce savant le désir de compléter son œuvre; et ses nouveaux devoirs l'empêchant de se livrer à ce travail (M. Bethmann-Hollweg est devenu ministre de l'instruction publique en Prusse), on peut supposer que c'est lui qui a inspiré à l'Académie royale de Berlin d'en charger M. Mommsen, connu par ses travaux sur l'archéologie et l'épigraphie latines, et par sa curieuse histoire romaine. M. Mom-

msen à son tour a chargé un jeune savant, M. Detlev-Detlefsen, de prendre sur place un *fac-simile* rigoureusement exact du manuscrit, et il a publié ce *fac-simile*, avec une nouvelle grande édition critique, aux frais de l'Académie de Berlin, en 1860. Aujourd'hui, M. Mommsen reproduit sa grande édition dans un format plus commode et en supprimant les dissertations accessoires. Autant qu'on en peut juger par un examen rapide, le nouveau texte diffère peu de celui de Bethmann-Hollweg; il n'apporte pas de nouvelles lumières, mais reçoit, pour ainsi dire, la confirmation d'un examen en dernier ressort. Dans une préface latine qu'il a mise en tête du livre, M. Mommsen croit pouvoir, par des raisons trop longues à déduire ici, fixer la date de cette compilation sous Constantin et vers l'an 320 après Jésus-Christ; et il pense que quatre Constitutions impériales des années 330, 337, 369 et 372, qu'on y rencontre, y ont été ajoutées après coup. BAUDRY.

Essai sur les municipes dans le droit romain, par M. GEORGES DUBOIS, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. Paris, 1862. — *Essai sur le conflit des lois françaises et étrangères*, par le même, in-8°.

M. Georges Dubois a pris pour sujets d'étude, soit en droit romain, soit en droit français, deux matières fort dignes d'attention. Les municipes, dans le droit romain, ont le double avantage d'intéresser à la fois les historiens et les jurisconsultes, j'ajouterais presque les hommes politiques. J'ai déjà eu, l'année dernière, ici même, l'occasion de présenter quelques remarques sur ces importantes institutions à propos du livre de M. Louis Quinion sur le *municipe romain, la commune au moyen âge et la municipalité moderne*. Je retraçais, d'après M. Quinion, le tableau florissant d'abord, puis bientôt désastreux, des municipes chez les Romains, et j'exprimais, après tant d'autres, l'opinion que la bonne constitution de la commune est le plus sûr fondement des Etats et la meilleure garantie de la liberté. L'ouvrage de M. Dubois, bien qu'il ne traite pas, à proprement parler, de l'histoire politique des municipes, et qu'il s'attache plutôt à leurs modifications et à leur organisation juridique, ne pouvait que confirmer cependant cette manière de voir. Les convictions de l'auteur, à cet égard, paraissent se rapprocher beaucoup de celles

auxquelles je m'étais rangé. « L'unité politique, de laquelle résultent tant d'avantages incontestables, peut aussi, dit-il, lorsqu'elle est poussée jusqu'à l'excès, présenter de graves dangers. Si le jeu naturel d'institutions municipales permanentes et sérieuses ne vient point entretenir la vie locale, que l'action du pouvoir central tend naturellement à absorber, la force qui devrait naître de l'union ne tarde pas à faire place à la faiblesse qu'engendre l'inaction. » D'un autre côté, M. Dubois ne voudrait pas que, pour éviter le danger d'une unité absolue, on s'exposât à celui d'une autonomie exagérée, danger qui, selon lui, serait aussi fatal que l'excès de la concentration. On ne peut que s'associer à des idées si bien exprimées et si justes.

Le conflit des lois françaises et des lois étrangères, pour être dépourvu de l'intérêt historique que présentent les municipes, n'en mérite pas moins un sérieux examen. M. Dubois, dans un volume restreint, a su proposer et résoudre avec une netteté pleine de concision les principales questions que soulève cette grave matière, et l'on sait combien elle en soulève. A l'aide de la distinction, aujourd'hui communément admise, entre le statut personnel, le statut réel et les statuts qui réglent les actes, il s'est promené, sans s'égarer, à travers ce laborieux dédale. Je ne chercherai pas à y suivre ses traces. Je ne signalerai dans son travail qu'une idée, sous le patronage de laquelle il paraît l'avoir placé. On aurait pu croire qu'en étudiant les relations de nos lois avec celles des autres nations du globe, la diversité infinie des législations l'aurait porté à désirer une réforme en vue d'amener dans cet ordre de choses de l'harmonie et de l'unité ; qu'un projet de législation européenne, universelle peut-être, ne l'aurait pas trouvé hostile : il n'en est rien. La variété des lois lui semble une heureuse condition de l'humanité. Il n'en tire pas un motif pour s'écrier, comme Pascal : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà! » Pour lui, « prétendre imposer aux peuples une formule unique, qu'il s'agisse de leur droit ou de leur langue, de leurs mœurs ou de leur industrie, c'est préparer partout le dépérissement et la mort. » En cela, il se rencontre avec Voltaire, qui, à propos même de cette célèbre phrase de Pascal que je viens de rappeler, écrivait cette note : « Il n'est point ridicule que les lois de la France et de l'Espagne diffèrent, mais il est très-impertinent que ce qui est

juste à Romorantin soit injuste à Corbeil, qu'il y ait quatre cents jurisprudences diverses dans le même royaume, et surtout que, dans un même Parlement, on perde dans une Chambre le procès qu'on gagne dans une autre Chambre. » Voltaire, on le voit, conçoit pour chaque nation seulement la nécessité de l'unité dans la législation ; il ne l'étend pas au delà. M. Dubois, qui paraît adopter cette opinion, est conséquent avec le goût pour la variété qu'il professe, avec raison d'ailleurs, au sujet des municipes. Mais pour être tout à fait logique ne devrait-il pas aller jusqu'à dire que la diversité des lois dans le sein d'une même nation serait aussi un élément de vie et de fécondité ? Je ne crois pas cependant qu'il admette cette conséquence. Son principe même, d'ailleurs, est-il absolument juste ? Sans rêver la chimère de l'unité absolue de toutes les législations, ne peut-on pas désirer que certains principes communs, certaines règles internationales soient consacrés par les différents peuples ? En fait, c'est ce qui se rencontre sur plusieurs questions importantes, et je crois qu'il faut s'en féliciter. L'autorité des lois, comme celle de la morale, gagne à l'unité des prescriptions qu'elles imposent, et le spectacle des contradictions des législations n'est pas fait pour inspirer le respect qui leur est nécessaire. Telle est la seule chicane que je puisse faire à M. Dubois ; sous cette réserve, je reconnais volontiers qu'il ne faut pas aspirer à une législation universelle, plus qu'à une monarchie ou à une religion universelles, et que le contact et l'exemple de lois qui varient avec les nations est, dans une certaine mesure, un puissant mobile d'émulation et de perfectionnement.

Paul CHARPENTIER.

Examen du dernier projet de loi sur le duel et du rapport de M. Valette, par M. VICTOR MOLINIER. In-8°. 3 francs.

Est-il juste, utile, politique et opportun de réprimer le duel par une loi dont les rigueurs salutaires n'excluent aucun des tempéraments que la raison et le bon sens commandent d'adopter ? Il y a quarante ans et plus qu'en France nous discutons la question sans la résoudre. Il y en a vingt au moins qu'autour de nous et successivement des lois diverses l'ont résolue en Autriche, en

Prusse, en Allemagne, en Belgique, en Sardaigne, en Espagne, en Portugal et dans les Deux-Siciles.

D'où vient donc ce retard d'une législation qui se pique d'être en avance sur toutes les autres depuis si longtemps, qu'elle finira par rester en arrière, si l'on n'y prend point garde? Par une équivoque regrettable, on a dit : « Le Code pénal punit le duel. » Ce n'est pas vrai, le Code pénal ne punit pas le duel. Il atteint seulement les blessures ou la mort qui en sont la suite. Encore, et le plus souvent, n'est-ce qu'une théorie. Blessez votre adversaire en duel, vous serez condamné sans doute si vous êtes poursuivi : mais serez-vous poursuivi? Tuez-le : vous serez poursuivi certainement, mais vous serez acquitté. Vérité en deçà, non point des Pyrénées, mais du jury; erreur au delà! Si bien que, tout compte fait, le premier spadassin venu, par un de ces outrages que la loi pénale n'atteint point, peut contraindre un honnête homme à compromettre sa vie, son honneur et l'avenir de sa famille dans une lutte inégale, et, la lutte entamée, a tout intérêt à le tuer plutôt qu'à le blesser.

Cette question, digne, à tous les titres, de fixer l'attention publique, l'Académie de législation de Toulouse vient à son tour de la traiter et de la résoudre avec toute l'autorité qui s'attache aux délibérations de cette docte Compagnie, la première entre ses émules de province par le zèle et l'activité, comme par l'intelligence et l'esprit d'initiative qui président à ses travaux.

Elle a chargé un de ses membres, M. Victor Molinier, de lui soumettre ce que modestement l'auteur appelle un *Examen du dernier projet de loi sur le duel*, mais ce que je recommande au lecteur, comme un traité complet de la matière, malgré sa brièveté et sa concision dans lesquelles je ne vois qu'un mérite de plus. OEuvre difficile, car ce même projet de loi avait été déjà l'objet d'un rapport extrêmement remarquable de M. Valette, mais œuvre réussie, puisque, même après M. Valette, le savant professeur de Toulouse a su donner à cette étude un cachet tout particulier d'originalité par la nouveauté de son exposition, l'étendue de ses recherches et la vigueur de sa dialectique.

Dans une introduction dont la sobriété n'exclut aucun détail nécessaire, M. Molinier esquisse à traits rapides l'état comparatif des législations étrangères, et rappelle les échecs successifs que, depuis 1819, tous les projets de loi présentés sur la ma-

tière ont subis devant les Chambres françaises. A cette introduction est jointe une notice bibliographique des plus complètes. L'auteur recherche ensuite si le duel en lui-même est un acte coupable ou licite, quelles raisons de justice et de droit, quels principes sociaux et politiques exigent qu'il soit réprimé. C'est l'objet d'une première partie à laquelle, malgré des lieux communs inévitables, certains détails historiques bien ajustés donnent un intérêt de très-bon aloi.

Dans la seconde, M. Molinier établit qu'il est opportun d'édicter une loi nouvelle en cette matière, que de bons esprits persistent, j'allais dire s'obstinent, à regarder comme suffisamment réglée par le Code pénal, et le démontre par d'irréfutables arguments.

La troisième partie, corollaire pratique des deux précédentes, traite de la répression effective du duel et de la mesure des peines qui doivent l'assurer. Le travail se termine par l'examen du projet de loi de 1851, amendé par la Commission que présidait M. Valette, projet de loi que l'auteur accepte, commenté et justifié dans la plupart de ses dispositions, éminemment sages en effet.

Lui-même propose à ce projet diverses modifications ayant pour objet : 1° d'étendre à des espèces non prévues les cas de complicité évidemment trop limités par la Commission ; 2° d'atteindre les duels qui ont lieu hors du territoire français, et dans lesquels un Français se trouve impliqué ; 3° de fixer à dix années le temps nécessaire pour prescrire les peines prononcées en vertu de la nouvelle loi. De ces propositions la première, en partie, et la troisième me paraissent, je l'avoue, mériter tout au moins réflexion, et si je ne craignais de dépasser ici les limites d'un simple compte rendu, il me serait aisé d'en donner de bonnes raisons. La seconde, au contraire, peut être approuvée sans restriction. M. Molinier a su voir au delà du texte de la loi son application immédiate, et les chances d'impunité que le projet de loi de 1851 laissait encore à cette coupable absurdité qu'on appelle le duel. Il veut et sait les prévenir, et cette seule innovation suffirait, à mon sens, pour donner au travail du savant professeur une incontestable valeur individuelle, s'il ne se recommandait à l'attention du lecteur, comme je l'ai dit déjà, par tant et d'aussi sérieuses qualités. A. V.

Bibliothèque de l'administration française, publiée sous la direction de M. Maurice Block : *Traité de l'administration municipale*, par L. SMITH, 3 francs ; *Traité de la police administrative*, par AL. GRUN, 3 francs ; *Traité des établissements de bienfaisance*, par M. DE LAMARQUE, in-18, 3 francs. Chez veuve Berger-Levrault et fils, éditeurs, Paris, rue des Saints-Pères, 8.

La théorie du droit administratif entre pour peu dans la collection de M. Block; il faut le dire, pour que personne n'y cherche ce qui ne doit pas s'y trouver. Le moment n'est peut-être pas venu d'ériger en corps de doctrine les principes, en petit nombre, qui semblent présider à l'ensemble des lois administratives. Mais ce qui est, dès maintenant, possible et nécessaire, c'est l'exposé méthodique des actes législatifs, des décrets, arrêtés, instructions, arrêts, qui prescrivent ou éclairent les procédés de l'adminstration française; ces actes sont si nombreux, s'appliquent à tant d'intérêts divers, qu'il faut, pour les faire bien connaître, procéder par spécialités. Tel est le but des traités dont se composera la bibliothèque de M. Block. On peut en apprécier le plan et l'exécution par les trois ouvrages qui ont paru. Ils sont clairs et complets; ils seront très-utiles; cet éloge résume leurs mérites ; nous n'ajouterons rien, sinon que le public trouve une garantie dans le nom des auteurs, dont l'un, M. Grün, a fait ses preuves de jurisconsulte et de publiciste, et dont les deux autres, MM. Smith et de Lamarque, ont puisé dans leur situation administrative les connaissances et l'expérience nécessaires à la composition d'un bon traité. X.

De la division administrative de la France et de la centralisation, par M. JULES CHEVILLARD, ancien préfet; 2 vol. in-8°, Paris, Durand. Prix : 15 francs.

L'utilité pratique que présentent en général les études d'administration, et l'attrait qu'y trouve tout esprit désireux d'approfondir les problèmes dont la solution intéresse la prospérité des peuples et l'avenir des sociétés, sont des titres suffisants pour recommander à toute notre attention l'ouvrage que M. J. Chevillard vient d'écrire sur *la division administrative de la France et la centralisation.*

Le cadre dans lequel nous devons nous renfermer est trop restreint pour qu'il nous soit permis d'entrer dans l'examen des

propositions que contient le livre dont nous parlons, et d'engager la discussion sur celles d'entre elles qui nous paraissent sujettes à des critiques sérieuses; nous nous contenterons donc d'analyser rapidement les matières que l'auteur a traitées, en parcourant la marche qu'il a lui-même suivie.

Dans une première partie qui sert, en quelque sorte, d'introduction historique, M. Chevillard expose l'organisation administrative de la France, telle qu'elle existait au moment où éclata la révolution de 89; il nous fait assister à la transformation que lui fit subir la première république, il examine les lois qui furent promulguées à cet effet, recherche l'intention qui présida à leur création, puis, après avoir parlé des destinées et des épreuves diverses que les nouvelles divisions administratives eurent à traverser sous les gouvernements subséquents, après avoir apprécié les résultats obtenus, il aborde, dans la deuxième partie, l'exposé des théories qu'il voudrait faire prévaloir aujourd'hui.

Et d'abord il demande que le canton cesse de former une simple division géographique pour devenir un être moral, avec son patrimoine et son budget, placé sous la direction d'un agent du gouvernement, ayant une assemblée pour discuter et défendre ses intérêts, appelé, en un mot, à jouer dans les différents services de l'administration un rôle important, d'autant plus important qu'il est placé plus près des besoins nombreux qu'il s'agit de satisfaire.

Par suite de la réorganisation du canton, l'arrondissement, rouage désormais superflu, intermédiaire inutile entre la commune et le département, sera supprimé, et avec lui disparaîtront les conseils d'arrondissement et les sous-préfectures.

Quant au département, il sera maintenu; seulement il n'occupera plus le sommet de notre système administratif, car, suivant M. Chevillard, cette place d'honneur doit être restituée à la province.

L'auteur découvre dans cette innovation, ou plutôt dans ce rétablissement des anciennes traditions, des avantages notables; ainsi, par exemple, au point de vue des intérêts matériels du pays, la restauration provinciale imprimerait une impulsion nouvelle à tout ce qui concerne l'agriculture, la viabilité, les desséchements des marais, etc.; au point de vue des intérêts

moraux, les lettres, les sciences, les arts trouveraient des centres importants pour vivre et se développer; enfin, même sous le rapport des avantages administratifs et politiques, la division provinciale offrirait des garanties réelles et efficaces.

Nous ne savons si M. Chevillard ne s'est pas laissé entraîner trop loin dans son enthousiasme pour ce qui rappelle des temps qui ne sont plus; ce n'est pas que nous ne soyons partisan sincère de tout ce qui tend à élargir le cercle de nos libertés communales ou départementales et à associer de plus en plus les citoyens au maniement des affaires publiques, afin de les attacher davantage au lieu où ils ont leur famille, leurs affections, leur centre d'activité; nous appelons de nos vœux, aussi ardemment que M. Chevillard, la réalisation de ces progrès, mais est-ce à dire pour cela qu'il soit nécessaire de faire un retour à l'ancien état de choses, que l'histoire nous dépeint sous des couleurs peu attrayantes, et de revenir à des institutions que la génération présente est loin de regretter?

Le système que nous venons d'exposer eût été incomplet, s'il n'eût pas été suivi d'une étude sur la centralisation et le rôle qu'elle doit jouer dans la nouvelle division administrative : conséquent avec lui-même, M. Chevillard veut que l'on applique la décentralisation administrative sur une large échelle; avec le rétablissement de la province, il reconstitue les grands corps de l'Etat; il rétablit les assemblées provinciales sous le nom de conseils de province; il assigne à la magistrature le rang élevé qui lui appartient; il donne enfin aux Académies un éclat nouveau, et les appelle à contribuer, dans la mesure de leurs attributions, au développement des lettres, des arts et des sciences.

Voilà, en quelques mots, l'analyse de l'ouvrage de M. Chevillard; nous croyons qu'elle suffira pour faire connaître au lecteur le caractère des théories qu'on y soutient, et pour lui faire apprécier l'importance des questions qui y sont traitées.

EUGÈNE LAUTH,
Docteur en droit.

L'administration en France sous le cardinal de Richelieu, par M. J. CAILLET, docteur ès lettres, deuxième édition, refondue; Paris, Didier, 1861. 2 vol. in-12, 7 francs.

Nous avons déjà fait connaître aux lecteurs de la Revue la

première édition de cet excellent ouvrage. Depuis lors, M. Caillet a étendu et complété ses recherches, il a mis à profit les conseils et les critiques, et son livre, déjà fort intéressant, est devenu le meilleur ouvrage que nous possédions sur l'œuvre administrative de Richelieu. Cette œuvre a été très-grande, car c'est Richelieu qui a transformé l'ancienne administration française et jeté les bases du régime que Louis XIV a perfectionné. On lui doit l'organisation du Conseil d'État et du ministère, la création des intendants, le développement de l'armée et de la marine. Du reste, comme les grands ministres qui l'ont précédé; il n'a négligé ni les finances, ni la police, ni l'administration de la justice, et la célèbre ordonnance de 1629, malheureusement repoussée par les Parlements, reste un des plus beaux monuments législatifs de l'ancienne monarchie.

M. Caillet a traité ce grand sujet avec beaucoup de savoir et de pénétration. La difficulté des travaux de ce genre est considérable. Il n'y avait sous Richelieu ni bulletin des lois, ni recueils officiels, ni discussion publique des actes du gouvernement. Tout se faisait dans le secret du conseil. Il faut donc soulever bien des voiles pour arriver à savoir ce qui se faisait, et surtout pour démêler les motifs de ce qui se faisait. M. Caillet a dépouillé les collections d'anciens édits qui sont conservées dans nos bibliothèques publiques; il a surtout tiré les plus utiles renseignements des archives du ministère de la guerre. On y trouve plus de soixante volumes in-folio de pièces remontant au ministère de Sublet des Noyers, secrétaire d'État de la guerre et surintendant des bâtiments royaux sous Richelieu. Cette précieuse collection révèle l'histoire, jusqu'ici mal connue, de l'institution des intendants. En lisant les premières commissions données à ces nouveaux fonctionnaires, on assiste en quelque sorte à l'origine et au progrès de leur pouvoir. R. D.

Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile et dans l'ordre du Code Napoléon, par H.-F. Rivière, avocat, docteur en droit, lauréat et membre correspondant de l'Académie de législation. 1862, 1 fort vol. in-8°, 10 francs; chez Cosse et Marchal, éditeurs.

M. Rivière a déjà produit des travaux considérables par le savoir et la solidité de la doctrine. Son *Commentaire de la loi sur*

la transcription, son *Examen du régime de la propriété mobilière en France*, son *Précis historique et critique de la législation française sur le commerce des céréales*, sont des monographies justement appréciées. Ses *Répétitions écrites sur le Code de commerce* ont obtenu à l'Ecole et au Palais un succès rapide et soutenu, puisque l'ouvrage est parvenu en peu d'années à la troisième édition. Aujourd'hui M. Rivière offre au public une *Revue doctrinale* d'un intérêt théorique et pratique incontestable, puisqu'il s'agit des *variations* et des *progrès* de la jurisprudence de la Cour *régulatrice* en matière civile.

Cet ouvrage est destiné à devenir l'un des commentaires, sans contredit, les plus autorisés du Code Napoléon. L'idée en est on ne peut plus heureuse ; et quand on sait le soin consciencieux que l'auteur met à ses recherches, la manière méthodique et lumineuse dont il distribue les matériaux de ses ouvrages, la netteté et la fermeté de son style, on ne s'aventure guère en prédisant à cet excellent livre plus de succès encore que n'en ont eu ses aînés.

Mais une idée d'exécution non moins heureuse que celle de la conception même de l'ouvrage, c'est d'avoir suivi l'ordre même du Code Napoléon. Au point de vue de l'enseignement, comme à celui de la pratique, nous croyons la méthode analytique plus commode et plus facile à suivre que la méthode dite synthétique. Au surplus, les partisans de l'une et de l'autre méthode pourront se servir du livre de M. Rivière avec une égale facilité, grâce à un artifice typographique des plus simples : nous voulons parler de deux tables, celle des titres, des livres et des paragraphes d'une part, et celle des matières par ordre alphabétique d'autre part. Ces deux tables, très-bien faites, rendent le livre d'un usage facile. Peut-être eût-il été possible d'ajouter encore à cette facilité en reproduisant dans le titre courant de l'ouvrage l'article du Code dont il est question dans la page même.

L'exécution de l'ouvrage devait être, comme elle l'est, en effet, essentiellement historique ; il s'agissait de reproduire sur chaque question de droit civil la doctrine constante ou indécise de la Cour de cassation, et de mettre à leur place, suivant l'ordre des temps, les variations survenues dans sa jurisprudence. L'auteur aurait pu s'en tenir à ce rôle de narrateur intelligent

et fidèle, et sa promesse, celle du titre de son ouvrage, eût encore été remplie. A l'inverse de beaucoup d'autres, il tient plus qu'il ne promet, et personne ne sera tenté de lui en faire un reproche. En homme qui aurait pu prendre part à ces décisions suprêmes, qui aurait pu avoir son avis motivé, discuter les avis contraires, il apprécie, critique ou approuve les décisions de la Cour, les raisons de sa jurisprudence, mais toujours avec la réserve convenable et le respect justement dû à une grande autorité.

Nous voudrions bien pouvoir donner une idée plus complète du livre de M. Rivière ; mais nous ne pourrions le faire sans entrer dans des détails, et sans sortir des bornes d'un article tel que celui-ci. Nous ne pouvons cependant finir sans signaler l'introduction comme morceau de doctrine remarquable par l'élévation et la justesse des idées, et nous ajouterons que c'est avec juste raison qu'un écrivain très-compétent a déjà dit que *la sûreté de doctrine et d'analyse dont M. Rivière fait preuve dans sa* Revue doctrinale *lui assurait une place parmi les jurisconsultes les plus distingués de notre temps.*

J. Tissot,
Professeur.

Etudes historiques sur la législation russe ancienne et moderne, par Spiridion G. Zezas, docteur en droit. Paris, Durand ; in-8°. 7 francs.

On parle beaucoup, dans la génération actuelle, d'études sur la législation comparée, et il faut reconnaître que la France est aujourd'hui un peu plus au courant des législations des autres pays qu'elle ne l'était au commencement de ce siècle. Le travail de M. Fœlix, si heureusement continué par M. Demangeat, n'a pas peu contribué à ce résultat. Que de points intéressants toutefois sont encore complétement ignorés ! Sans doute, lorsqu'il s'agit de nations avec lesquelles nous avons des relations intimes, comme l'Angleterre et l'Italie, les différences les plus saillantes entre la loi étrangère et la nôtre finissent par être mises en lumière, ne fût-ce que par le mouvement des relations internationales; mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'une nation comme la Russie, avec laquelle nous avons des rapports moins journaliers, et dont nous ignorons complétement la langue. Aussi les amis de la science doivent-ils savoir gré à M. Spiridion

G. Zézas de les initier par une étude consciencieuse à la connaissance des lois du grand empire, qui tend à se rapprocher de plus en plus de la civilisation occidentale.

L'auteur commence par un précis succinct, mais substantiel, de l'histoire civile et politique de la nation russo-slave, depuis son origine jusqu'à nos jours. Nous avons remarqué surtout des détails curieux trouvés dans le Code d'Yaroslaf, *la Vérité russe*, promulgué au onzième siècle, où l'on retrouve les traits principaux de la justice des anciens Germains : les épreuves, le droit de vengeance privée, les compositions, avec un tarif plus compliqué encore que celui de nos lois barbares, et présentant ce caractère fort remarquable à cette époque, que la plus forte partie des amendes était versée au trésor.

Mais, quelque intérêt que présentent ces études historiques, ce qui est essentiel pour nous autres Français, c'est la connaissance de la législation russe actuelle, à laquelle est surtout consacré le travail de M. Spiridion. Ce fut Pierre le Grand qui, en même temps qu'il dotait la Russie d'un Code militaire, en 1716, et d'un Code maritime en 1720, conçut l'idée d'une codification générale des lois de l'empire. Sous ce prince et sous ses premiers successeurs, huit commissaires fonctionnèrent successivement, et aucun ne vint à bout de l'entreprise, bien que la dernière, inaugurée par Catherine II, eût reçu une *Instruction* écrite, en russe et en français, de la main de l'impératrice. Paul Ier et Alexandre Ier voulurent reprendre l'œuvre que les préoccupations de la politique occidentale empêchèrent encore d'aboutir. L'honneur de la mettre à fin était réservé à l'empereur Nicolas, qui publia, en 1833, le *Digeste de l'empire russe*, c'est-à-dire la réunion des lois promulguées de 1649 à 1832, et non abrogées. Ce Digeste n'a rien de commun avec nos Codes modernes; car il comprend 42,198 articles, tous assez considérables, puisque la réunion ne forme pas moins de 15 volumes in-4°. M. Spiridion ne nous dit pas si, plus heureux que Justinien, le législateur russe n'a donné à ses sujets *nihil inutile, nihil perperam positum*. Mais ce qui nous paraît certain, c'est qu'un pareil mode de procéder, pour avoir son utilité relative, n'est rien moins qu'une codification comme l'entend la science moderne.

Il nous est impossible, on le comprend, de reprendre ici les détails intéressants, mais compliqués, que nous donne l'auteur

sur les lois de la Russie. Terminons seulement par une critique et par un éloge. La critique porte sur les développements un peu disproportionnés donnés dans ce livre à la législation commerciale, qui ne constitue point l'originalité de l'empire russe. Nous louerons, au contraire, le dernier chapitre, consacré à la grave question de l'émancipation des serfs. M. Spiridion, en nous initiant par des notions historiques à l'intelligence de l'ukase du 20 novembre 1857, nous révèle ce fait caractéristique, que, jusqu'en 1762, les nobles russes étaient eux-mêmes *serfs*, en ce sens qu'ils devaient accepter toute fonction, habiter tel pays qu'il plairait au czar de leur assigner : c'était la *glèbe de services*. C'est donc un siècle après l'affranchissement de la noblesse que va disparaître aujourd'hui le servage des populations rurales.

E. BONNIER.

Du Domaine public dans ses différences avec le Domaine privé, sous le rapport de la prescription et de la compétence, avec une introduction historique, par M. JULES PÉRIN, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit, ancien élève de l'Ecole impériale des Chartes, archiviste-paléographe, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse. 1 vol. in-8°. 4 francs. — Paris, Auguste Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7.

Si toute l'activité des premiers jurisconsultes de notre siècle a semblé se concentrer sur l'étude de notre législation civile, nous assistons depuis quelques années à un mouvement incontestable des esprits adonnés aux études juridiques vers le droit public et le droit administratif. Sans doute, on ne dédaignait pas autrefois cette branche importante de la science ; mais le champ ouvert aux investigateurs de notre droit civil était si vaste, et en même temps si attrayant, que l'on peut aisément s'expliquer cette préférence de la génération qui nous a précédés. Toutefois, après ces gigantesques travaux, qui ne laissent à l'avenir que le soin de redresser quelques inexactitudes, ou de compléter quelques points de détail, on a dû songer à cette autre branche voisine, non moins féconde, non moins intéressante, et qui, chaque jour, revêt des aspects dignes de stimuler des esprits laborieux. Nous avons vu paraître alors ces remarquables traités qui servent aujourd'hui de guides dans le labyrinthe presque inextricable de nos lois administratives.

Dans ce mouvement salutaire, l'étude du Domaine public et du Domaine privé, qui, dans leurs différentes applications, se rattachent par tant de points de contact à nos lois civiles, devrait rencontrer de fervents et de chaleureux adeptes. D'excellentes monographies, provoquées par les Facultés de droit, sont venues approfondir certaines difficultés de ces matières qu'un éminent jurisconsulte, M. Gaudry, a récemment envisagées dans leur ensemble avec l'autorité qui s'attache à son nom et à son talent, Nous pourrions citer notamment le travail, trop concis peut-être, de M. Garbouleau sur le domaine public, les savantes dissertations de MM. Des Glajeux et Desjardins sur la prescription et l'aliénation des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics, et enfin un excellent fragment que l'auteur, M. Letourneur-Dubreuil, par un excès de modestie qui l'honore, n'a pas voulu complétement livrer à la publicité, fragment inséré dans le *Répertoire* de M. Garnier.

M. Jules Périn, élève distingué de l'Ecole des Chartes, déjà connu pour une remarquable étude historique sur *la Contrainte par corps*, d'après le droit coutumier du nord de la France, ne pouvait, en présence d'un sujet si aride qu'il parût, oublier les traditions que lui impose son titre d'archiviste paléographe, et négliger les études historiques qui sont, à notre époque, l'auxiliaire obligé d'un travail consciencieux. Il a donc fait précéder sa dissertation par une introduction considérable, plus étendue même relativement que l'ouvrage auquel elle sert de préface, et sur laquelle nous devons nous arrêter un instant.

Après quelques mots rapides sur la législation des peuples orientaux, l'auteur étudie successivement le Domaine public et le Domaine privé dans le droit romain et dans l'ancien droit.

En droit romain d'abord, M. Périn s'est attaché à établir que les jurisconsultes, dans leur pensée, sinon dans leur terminologie, distinguaient le Domaine public du Domaine privé, et à indiquer les éléments qui entraient dans la formation de l'un et et de l'autre Domaine. Jusqu'ici, nous ne pouvons que l'approuver. Malgré des dénégations souvent répétées, nous croyons que cette distinction repose trop, quant à son principe, sur la nature des choses, pour avoir échappé à l'esprit éminemment sage des jurisconsultes romains. Mais nous croyons également que si cette distinction, dans la pratique des faits, n'a dû engen-

drer aucune différence, il est inutile de s'y arrêter trop longtemps. Aussi, nous regrettons que, le point de départ une fois établi, M. Périn n'en ait pas recherché les conséquences avec un soin plus assidu, et n'ait pas remplacé une énumération des interdits, tout à la fois trop longue ou trop concise, suivant le point de vue où l'on se placera, par quelques aperçus critiques sur l'utilité de sa distinction.

Pour ce qui est de l'ancien droit, nous n'essayerons ni de suivre, ni d'analyser notre auteur. Dire quelle érudition il a déployée dans cette partie de sa tâche, nous ne l'entreprendrons même pas. Depuis les ouvrages les plus connus et les plus illustres jusqu'aux travaux les plus humbles et les plus ignorés, études d'intérêt local, travaux statistiques, manuscrits oubliés, M. Périn a tout consulté ; et chacun de ces opuscules a fourni des faits à son étude. Mais n'y avait-il pas là un danger? Au milieu de cette foule de documents, était-il toujours facile de faire régner l'ordre et la méthode ? Deux classes de travaux bien distincts sont indispensables pour arriver à bâtir le monument qu'appelle notre histoire juridique. Il faut d'abord trouver, recueillir, rassembler les matériaux qui serviront à l'édifier. Il faut ensuite disposer ces matériaux suivant un plan largement conçu, en ne craignant pas d'en éliminer un grand nombre qui nuiraient à l'harmonie et à la majestueuse unité de l'édifice. Parce que M. Périn savait tout, il a voulu tout dire, il a cédé trop volontiers à un entraînement contre lequel il est difficile peut-être de résister, mais que nous l'engageons à réprimer fortement, au risque d'y sacrifier quelques-unes de ses précieuses découvertes. Ici encore, nous aurions voulu qu'une critique plus sévère vînt se substituer à un trop grand nombre de faits, intéressants d'ailleurs, mais au milieu desquels l'esprit s'arrête parfois indécis, oubliant l'idée qui les rapproche, le but vers lequel ils tendent.

J'aborde maintenant la dissertation même de M. Périn, et je voudrais pouvoir l'analyser succinctement, pour donner à nos lecteurs au moins une esquisse légère du plan et de la méthode suivis par notre auteur. Mais, s'il est vrai que M. de Cormenin a calomnié le droit administratif, lorsqu'il a déclaré qu'il ne faut y voir qu'un « entassement incohérent d'articles où tout est confondu, » il n'est pas moins exact que l'on peut dire sans exagération, avec M. de Gérando et M. Mallein : Cette

science, essentiellement arbitraire et variable, mobile dans son organisation, mobile dans ses attributions, ne se prête que difficilement à une organisation parfaitement systématique. La multiplicité des questions qui se sont présentées, l'innombrable variété des nuances qui séparent des hypothèses en apparence semblables, les controverses, les contradictions qui existent entre deux juridictions presque rivales, échappent à un exposé sommaire et rapide.

M. Périn, après avoir divisé à grands traits son sujet, en s'occupant successivement du Domaine privé et du Domaine public en général, de la Prescription en matière de Domaine privé et de Domaine public, de la Compétence judiciaire et administrative, pour régler les difficultés qui s'élèvent relativement à ces deux Domaines, a su grouper habilement, sous des rubriques peu nombreuses, des questions presque innombrables. Nous avons retrouvé, dans cette partie de son travail, l'investigateur diligent qui ne veut rien omettre, j'ajouterais presque le rapporteur consciencieux qui ne doit rien négliger, et qui expose plus qu'il ne conclut.

Cependant, lorsqu'une de ces questions qui préoccupent la doctrine et la jurisprudence se présente à lui, M. Périn quitte sa réserve et ne craint plus de prendre parti. C'est ainsi qu'on ne lira pas sans intérêt les développements que l'auteur a consacrés à la question maintenant fameuse de la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables. Contrairement aux inductions que nous avions cru pouvoir tirer d'une note de son préambule historique, l'auteur, s'éloignant tout à la fois de l'opinion de nos savants maîtres, M. Demolombe, qui y voit une chose commune, et M. Trolley, qui les attribue au Domaine privé de l'Etat, adopte la solution généralement reçue, et donne la propriété du lit aux riverains. Cette opinion, déjà très-accréditée, vient encore de recevoir, il y a peu de temps, l'adhésion puissante et chaleureusement exprimée d'un de nos plus illustres collègues, M. Batbie. Au point de vue utilitaire, peut-être même au point de vue économique, je serais presque tenté de regretter les progrès imposants que cette théorie fait chaque jour. L'opinion utile, celle qui prévient toutes les difficultés, ne serait-elle pas celle qui attribue au Domaine de l'Etat les cours d'eau, sur lesquels le droit de police de l'administration ne doit pas être

contrarié par la propriété privée, qui, logiquement et le point de départ une fois admis, aurait le droit de réclamer la licitation des pentes entre les bordiers. La question, dit-on, sera cependant bientôt résolue législativement dans le sens de cette opinion. Le projet de Code rural, actuellement soumis aux délibérations du Conseil d'Etat, se prononce en faveur des riverains.

Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, la dissertation de M. Périn, écrite avec une très-grande correction et une non moins grande clarté, offre, non-seulement un vif intérêt, mais encore, ce qui est beaucoup plus rare, elle attache et captive le lecteur. On est étonné de parcourir sans fatigue les matières arides que l'auteur était condamné à parcourir, et qu'il a voulu même élargir et étendre. Son travail contient, en effet, beaucoup de détails que ne laisserait pas soupçonner son titre. Mais si nous consultons au moins notre impression personnelle, nul ne songera à le reprocher à l'auteur.

Nous ne voulons pas terminer ce rapide examen sans joindre encore une légère critique à celles que nous avons déjà adressées à M. Périn, et qu'il nous pardonnera facilement. Nous avons craint que notre affection pour l'auteur ne nous fît illusion sur le livre, et nous nous sommes armé de sévérité contre lui. M. Périn assigne comme limite au rivage de la mer le grand flot de mars. Telle est bien, en effet, la disposition de l'Ordonnance de 1681. Mais on s'accorde à reconnaître qu'elle n'a pas abrogé le principe romain sur le *maximus fluctus hibernus*. Les deux législations trouvent chacune leur part d'application, le droit romain sur les bords de la Méditerranée, l'Ordonnance de 1681, sur les rivages de l'Océan.

E. CAILLEMER,
Agrégé près la Faculté de droit de Grenoble.

Traité des donations entre vifs et des testaments, par M. DEMOLOMBE, t. II. Paris, Hachette et Durand, 1862.

L'espace nous manque pour rendre compte de ce volume consacré tout entier à l'importante matière de la portion de biens disponible et de la réduction. Nous y reviendrons prochainement.

LES FAMILLES POLITIQUES D'ATHÈNES

ET LES *GENTES* DE ROME.

(PREMIER ARTICLE.)

Parmi les questions que soulèvent les origines de Rome, aucune peut-être ne mérite une attention plus sérieuse et ne présente un intérêt plus grand que celle des *gentes*. Quel était le véritable caractère de ces associations puissantes? Etaient-elles seulement formées par les liens du sang? Ressemblaient-elles aux clans de l'Ecosse, ou bien aux compagnonnages germaniques? N'étaient-elles qu'une corporation d'hommes, venus d'origines diverses, unis entre eux par une communauté de droits politiques ou de rites religieux? Quels étaient leurs rapports avec les plébéiens? Quelle place tenaient-elles dans la constitution primitive? Comment ont-elles fini par disparaître? Questions considérables que notre siècle a le mérite d'avoir hardiment posées. Pour les résoudre, il ne s'est pas contenté de fouiller dans les commencements de Rome, il a demandé le secret de ces mystères au berceau de toutes les nations. La Germanie, la Gaule, l'Egypte et l'Inde ont été tour à tour interrogées. Mais mieux qu'aucune autre contrée, la Grèce, voisine de l'Italie, semblait pouvoir donner la réponse. Athènes ayant, comme Rome, ses *gentes*, qu'elle appelait des γένη, il paraissait tout naturel de chercher dans la constitution des unes des lumières pour comprendre la nature des autres. Ce rapprochement, que semble indiquer un passage de Denys d'Halicarnasse dans ses *Antiquités romaines*, éclaire, il faut l'avouer, d'un jour tout nouveau la question si obscure des *gentes*. Elles apparaissent alors, non plus comme des familles naturelles, mais comme des associations municipales, unies par des liens religieux et politiques. Mais de semblables comparaisons, si rigoureuses en apparence, présentent toujours un grave inconvénient. Elles habituent l'esprit à des inductions trop faciles, et par une sorte d'éblouissement l'empêchent de distinguer assez nettement les objets qu'il met en rapport. Il prête alors aisé-

ment aux uns les qualités et le caractère des autres. Cet inconvénient s'est produit ici de la manière la plus fâcheuse : il a troublé les idées au sujet des *gentes*, et causé des méprises très-graves sur la vraie nature des γένη. Et cependant, entre ces deux institutions, appelées de noms semblables et souvent considérées comme identiques, il n'existait pas seulement de faibles nuances, mais une différence radicale qui sort des textes et ne permet pas de les confondre. L'une, c'était le γένος, était une association véritable, fondée sur le principe d'égalité ; l'autre dérivait d'un principe tout contraire, et n'avait d'autre lien que l'autorité exercée par les pères de famille sur leurs enfants, leurs esclaves et leurs clients. Cette différence essentielle ressortira de l'étude que nous allons entreprendre. Nous montrerons d'abord pourquoi l'on doit se tenir en garde contre des conclusions qui semblent découler tout naturellement des rapprochements indiqués par Denys d'Halicarnasse ; puis nous essayerons d'exposer aussi complétement que possible l'organisation des γένη, afin de mettre en relief les traits qui les distinguent des *gentes*. Cette espèce d'introduction sera suivie d'un travail sur les *gentes* elles-mêmes, où nous tenterons de faire connaître avec leur origine et leur nature le rôle qu'elles ont rempli dans l'histoire primitive de Rome.

Je ne saurais me dissimuler tout le péril et toute la témérité de semblables travaux. Dans ce lointain obscur où se cachent les origines des peuples, la vérité se dérobe aux plus clairvoyants, et l'on est sans cesse exposé à prendre pour elle les mirages produits par l'esprit de système. Mais depuis un demi-siècle les philologues allemands ont pénétré avec hardiesse au milieu de ces ténèbres. Pourquoi tant craindre en France de s'y aventurer sur leurs traces? N'y trouvera-t-on pas pour devanciers et pour guides tous ces savants, nos maîtres illustres, MM. Naudet, Am. Thierry, Guigniaut, Ampère, Ch. Giraud, Laboulaye, Duruy, Wallon, Egger, Alfred Maury, qui soutiennent avec tant de courage et de succès la vieille réputation de l'érudition française?

1. — Le texte de Denys d'Halicarnasse relatif aux divisions établies par Romulus. — Véritable portée de ce texte en ce qui concerne la comparaison des divisions romaines et des divisions athéniennes.

Denys d'Halicarnasse, dans ses *Antiquités romaines*, nous apprend que Romulus avait partagé son peuple naissant en trois divisions, qu'il nomma *tribus*. Chacune de ces parties en formait elle-même dix autres, que l'on appelait *curies*, et celles-ci se subdivisaient à leur tour en dizaines ou *décuries*[1]. Denys, qui écrivait en grec et pour les Grecs[2], a dû naturellement chercher dans sa langue maternelle des termes équivalents à toutes ces expressions latines, afin de faire mieux comprendre l'organisation romaine à ses compatriotes. Il a pensé que *tribu* pouvait s'exprimer par φυλή ou par τριττύς, et que φράτρια ou bien λόχος rendaient le terme de *curia*; il n'a point indiqué de correspondant pour *decuria*, mot qui, dérivant du nombre *dix*, et signifiant littéralement une *réunion de dix* hommes[3], trouvait une traduction toute naturelle, mais vague, dans le mot grec *décade* (δεκάς).

En proposant ces équivalents, Denys n'avait pas dessein d'établir, en cet endroit du moins, une assimilation précise entre les institutions du peuple romain et celles de la Grèce. Comment aurait-il pu le vouloir en effet? Les termes qu'il essayait de faire comprendre avaient à Rome un sens net et déterminé : ceux qu'il présentait pour les traduire étaient, au contraire, vagues et indécis, et s'étaient appliqués aux organisations les plus diverses. Employés par une centaine d'Etats, ils avaient reçu, suivant le génie et l'histoire des peuples, les significations les plus opposées. Pour n'en citer qu'un seul exemple, le mot λόχος, un des deux que cite Denys pour traduire *curia*, signifiait seulement à Athènes une escouade de huit, de douze ou de seize hommes ; à Sparte, au contraire, il désignait une des grandes divisions de l'armée lacédémonienne[4].

[1] Dionys Halicarn., *Antiq. rom.*, II, 7.

[2] *Antiq. rom.*, I, 5.

[3] Ariodantis Fabretti *Glossarium italicum*, Aug. Taurin., 1858, fasc. II, col. 302, v° DEQVRIER.

[4] Schol. *in Aristophanis Acharn.*, v. 1074, éd. Didot, p. 28, l. 41 et sq.

Mais Denys, au lieu d'avoir en vue tous les Etats en général, n'aurait-il pas songé seulement à quelque république en particulier : à Athènes, par exemple, la ville qui vient naturellement à la pensée, quand on veut établir une comparaison entre Rome et la Grèce[1]? C'est une supposition gratuite, car les synonymies qu'il indique ne conviennent pas du tout à l'organisation athénienne. Dans l'Attique, le *lochos* n'était, comme on vient de le voir, qu'une petite escouade de quelques soldats, il en fait l'équivalent de la centurie; le peuple se divisait en tribus que l'on nommait *phylès*, et ces *phylès* elles-mêmes comprenaient trois *trittys* ou *phratries ;* Denys considère la *phylè* et la *trittys* comme deux mots correspondant également à la tribu romaine ; c'est-à-dire qu'il fait la partie égale au tout[2]. Est-il croyable alors qu'il ait pensé aux institutions de l'Attique[3]?

C'est donc seulement un simple rapprochement qu'il a voulu faire pour les Grecs encore peu familiarisés avec la langue latine. Y chercher autre chose, c'est aller au delà de sa pensée, et s'exposer, par une assimilation que rien ne justifie, à confondre des choses disparates. On l'a fait néanmoins, et, négligeant les termes de *trittys* et de *lochos*, on n'a voulu voir que ceux de *phylé* et de *phratrie*, qui permettent de comparer l'organisation d'Athènes avec celle de Rome. En effet, si l'on ne tient aucun compte des autres mots grecs proposés par Denys, les trois tribus romaines paraissent analogues aux quatre anciennes phylès de l'Attique: les trente curies offrent beaucoup de ressemblance avec les douze phratries athéniennes. Quant aux *décuries*, que l'auteur des *Antiquités* traduit littéralement par l'expression vague de *décades*, et pour lesquelles il ne présente aucune division grecque correspondante, on a trouvé des arguments ingénieux pour démontrer qu'elles cachaient les *gentes*. Les trois cents décuries répondaient, par conséquent, aux trois cent soixante γένη d'A-

[1] Athènes fut le grand asile des races helléniques, comme Rome fut celui des races italiotes. C'est pour cela que ces deux cités sont, chacune à leur manière, la plus haute et la plus complète expression, celle-ci de l'Italie, celle-là de la Grèce. M. Duruy, *Histoire grecque*, Paris, 1861, p. 58.

[2] Dion Cassius fait la même assimilation entre la *phylè* et la *trittys*. *Fragm. valesian.*, I.

[3] Denys songe en effet si peu aux institutions d'Athènes, qu'il compare quelque part les festins des curies aux sysities de Lacédémone, II, 23.

thènes. Cette conclusion, qui paraît, au premier coup d'œil, logique et séduisante, a trouvé grande faveur en Allemagne d'abord, en France ensuite, où l'a fait connaître, en l'entourant de preuves nouvelles, un savant travail de M. Ch. Giraud [1].

Toutefois, ce rapprochement de Rome et d'Athènes soulève de nombreuses objections qui portent à la fois sur le passage de Denys d'Halicarnasse relatif aux décuries et sur l'interprétation que ce texte a reçue de la critique contemporaine. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si les décuries, dont ne parle aucun autre écrivain de l'antiquité, à l'exception peut-être d'Aulu-Gelle [2], et qui ne semblent avoir laissé aucune trace dans l'histoire, ont réellement existé. Cette question trouvera sa place ailleurs, mais il faut ici faire une remarque importante. Denys a fort souvent l'occasion de parler des *gentes*, qu'il appelle φρατρίαι et même γένη ; jamais il ne signale aucune similitude entre elles et les décuries de Romulus. N'est-ce pas se lancer bien loin dans le champ des hypothèses que de proclamer certaine une assimilation qu'il n'a pas vue ? Et, d'un autre côté, penser qu'il s'est mépris sur une question si considérable, n'est-ce pas infirmer en même temps son témoignage isolé sur l'existence des décuries ?

Il n'est donc pas certain que les *gentes* aient été la même chose que les décuries, ni, par conséquent, qu'elles aient répondu à la troisième subdivision du peuple athénien, c'est-à-dire aux γένη. Mais, alors même que cette correspondance ne serait pas douteuse, il y aurait cependant quelque péril à pousser trop loin l'assimilation. Athènes et Rome ne se ressemblent guère, et l'on ne s'accoutumerait qu'avec peine à voir deux esprits tellement opposés et deux destinées si différentes sortir d'une organisation presque identique. Si grands que soient l'action du sol, le génie des races, l'influence des hommes et des événements, toutes ces causes réunies ne suffiraient point à expliquer le contraste étonnant des deux républiques, si dans l'origine leur constitution intime avait été la même. L'apparente similitude des noms pourrait donc bien cacher une diffé-

[1] *Dissertation sur la gentilité romaine* (*Revue de législation*, t. XXVII, p. 385 à 435).

[2] « Tribus quoque et decurias dici et pro loco et pro jure, et pro homi-« nibus. » Gell., XVIII, 7, 5. Les décuries dont parle Aulu-Gelle sont-elles les mêmes que celles de Denys ? C'est une question à étudier plus tard.

rence essentielle, qui seule expliquerait comment ont pu se développer en sens tellement contraires les deux plus illustres cités de l'ancien monde. L'étude attentive des divisions attiques permettra peut-être de découvrir cette différence et de la mettre au jour[1]. Par malheur, cette étude est difficile et souvent très-hasardeuse ; car, pour comprendre l'ancienne organisation d'Athènes, nous n'avons que des grammairiens relativement très-modernes, qui, tout en se copiant le plus souvent les uns les autres, ou plutôt en reproduisant des écrivains antérieurs, aujourd'hui perdus, ne sont pas toujours d'accord entre eux. Ajoutons que leurs renseignements incomplets et souvent contradictoires nous reportent à une époque tellement obscure pour les Grecs eux-mêmes, que Platon disait, en parlant des premiers rois d'Athènes : « Nous ne connaissons que leurs noms ; leurs actions se sont effacées sous les changements que la tradition leur a fait subir pendant une aussi longue durée[2]. »

§ 2. — Divisions de la popalation athénienne. — Epoque présumable de cette répartition. — Thésée et l'unité de l'Attique. — Long temps d'arrêt dans le développement de la démocratie.

Malgré les contradictions des scoliastes et des grammairiens sur plusieurs détails de l'organisation athénienne et de la division par tribus, par phratries et par familles (γένη), il est un fait considérable sur lequel ils sont tous d'accord. C'est que cette division ne fut pas l'œuvre lente des siècles, mais une conception de l'esprit, née dans un jour de réforme. Ils ne nous apprennent, à la vérité, ni la date, ni l'auteur de cette création, mais leurs expressions ne permettent pas d'y voir autre chose qu'une combinaison du génie politique. Presque tous parlent, en effet, de familles distribuées entre les phratries[3], d'individus placés dans les familles[4], et ces termes font supposer un dénombrement et

[1] On peut consulter sur ce point difficile Meier, *De gentilitate attica*, Halis, 1835 ; Ilgen, *De tribubus atticis*, Lips., 1826 ; Schœmann, *Griechische Alterthümer*, Berlin, 1855, et beaucoup d'autres ouvrages modernes que nous aurons l'occasion de citer dans le cours de ce mémoire.

[2] Platon, *Critias*, p. 109, *d*.

[3] Συννεμημένων. Suidas, v° Γεννηταί.

[4] Εἰς τὰ καλούμενα γένη κατανεμηθέντες. Harpocration, *cod. verb.*, éd. Bekker, 1833, p. 48 ; Cf. Eustath., *Comment. in libro B Iliadis*, CLXXVII, éd. florent., 1730, in-folio, p. 456.

une répartition. Plusieurs scoliastes ont même soin de faire remarquer combien cet arrangement était artificiel. « Les Athéniens, dit Eustathe, avaient voulu imiter les divisions de l'année. Les phylès étaient au nombre de quatre, comme les saisons ; les douze phratries rappelaient les mois et les trois cent soixante familles les jours [1]. » Ainsi, la politique avait réglé la cité sur la nature, et reproduit dans la constitution d'Athènes les divisions de l'année grecque, qui se composait primitivement de douze mois égaux en durée.

Toutefois, il faut reconnaître que les auteurs de cette combinaison en avaient trouvé les éléments dans les institutions antérieures. Les quatre phylès remontaient à l'origine même de la race ionienne, et même, comme divisions topographiques, avaient vraisemblablement précédé l'établissement des Ioniens dans le pays [2]. Le nom de *phratries* était en usage dans les premiers temps de la Grèce : Nestor, dans l'*Iliade*, conseille à Agamemnon de diviser les guerriers par phylès et par phratries [3], et la tradition nous montre Homère lui-même conduit par un habitant de Samos, qu'il avait rencontré à Chio, dans une assemblée de *phratores* pour y célébrer avec eux la grande fête des Apaturies [4]. Si la phratrie était une division nationale parmi les Ioniens, la famille (γένος), comme association naturelle, était fortement organisée dans l'Attique primitive. Les descendants des rois et des guerriers célèbres, fiers de leur illustre origine, en conservaient le souvenir par les noms patronymiques et formaient, au milieu des autres habitants de la contrée, des familles puissantes et redoutées. Les unes avaient asservi des cantons entiers et pouvaient traîner après elles un peuple nombreux de *familiers*, ἐπίκλητοι, avec lequel elles imposaient leur prépondérance [5]. D'autres étaient les dépositaires des cérémonies sacrées et conservaient comme un patrimoine inviolable, inaccessible aux étrangers et aux profanes, le secret des mystères et des sacrifices [6].

[1] Eustath. et Suid., *l. laud.*

[2] Voir sur l'origine des tribus attiques le mémoire remarquable de M. C. Hanriot, *Recherches sur la topographie des dèmes de l'Attique*, 1853, p. 14 et suiv., ainsi que les ouvrages qu'il cite, note *d*.

[3] *Iliad.*, II, 362.

[4] Herodot. *Vit. Homeri*, 29 et sq.

[5] Thucyd., II, 15.

[6] Voir M. Alf. Maury, *Histoire des religions de la Grèce antique*, Paris,

Les auteurs de la répartition décrite par les scoliastes n'imaginèrent donc pas la division par tribus, par phratries et par familles, mais ils la modifièrent et la transformèrent, ou plutôt de ces éléments antiques firent une combinaison toute nouvelle, appropriée aux besoins du pays. Mais quels furent ces auteurs et quelle époque de l'histoire athénienne fut contemporaine de cette innovation ?

Ici nous sommes en présence de ces légendes obscures qui, de l'aveu même des Grecs, enveloppent leurs origines d'un nuage presque impénétrable. C'est néanmoins dans cette nuit, où paraissent seulement quelques noms propres entourés de quelques traditions ténébreuses[1], qu'il faut entrer pour essayer d'y découvrir les auteurs des divisions athéniennes. Laissant de côté les noms tout à fait légendaires de Cécrops, d'Erechthée, d'Erichthon et d'Erésichthon, ceux même de Xuthus et de son fils Ion, que Plutarque et Strabon considèrent cependant comme le législateur d'Athènes[2], nous trouvons sur la limite des temps héroïques un de ces personnages, « moitié homme, moitié dieu, dont le souvenir, embelli par l'imagination populaire, plane sur le berceau des nations[3]. » C'est Thésée. Les Ioniens, une fois maîtres de l'Attique, avaient fondé dans ce pays une confédération de douze cités, dont chacune avait ses magistrats particuliers et se gouvernait par elle-même[4]. Thésée, suivant la tradition nationale, réunit en un seul Etat toutes ces cités confédérées et leur donna pour capitale l'ancienne Cécropia[5]. Cet homme, « puissant et né avec de l'intelligence, » ainsi que l'appelle Thucydide, avec tant de concision et de simplicité[6], était donc regardé comme l'auteur d'une révolution qui détruisit la vieille constitution du pays, abolit les anciens pouvoirs[7] et changea par la force et la violence (ἠνάγκασε) l'état antérieur de l'Attique.

1857-1859, t. II, p. 388 et suiv.; Bosseler, *De gentib.* et *famil. sacerdot.* Darmstadt, 1833.

[1] Εἰ μὴ σκοτεινὰς περὶ ἑκάστων τινὰς ἀκοάς. Platon, *Critias*, p. 110, *a*.

[2] Plutarch. *in Colot.*, 31, 3; Strabon., VIII, 7, p. 588, *a*, *b*.

[3] M. Duruy, *Histoire grecque*, p. 85.

[4] Voir M. Hanriot, p. 16 et 17.

[5] Plutarch. *Thes.*, 1.

[6] Thucyd., II, 15.

[7] Καταλύσας τῶν ἄλλων πολέων.... ἀρχάς. Thucyd., II, 15.

Quel que soit le degré de confiance qu'il faille accorder aux récits légendaires recueillis sur ce personnage par Plutarque, et confirmés par la grave autorité de Thucydide et d'Aristote[1], il y eut évidemment à une époque reculée un changement fort considérable dans la constitution de l'Attique, et ce pays, anciennement divisé en plusieurs Etats, comme les autres provinces de la Grèce, finit par n'en compter plus qu'un seul qui eut Athènes pour capitale[2].

Une telle révolution ne put s'opérer sans amener en même temps des changements très-graves dans l'état social. Elle entraînait, en effet, par la concentration dans Athènes de toutes les grandes magistratures, le dérangement des influences qui avaient dominé dans les anciennes cités. Le peuple de ces villes, maintenant réduites à n'être plus que des bourgades, se trouvait pour ainsi dire émancipé des dominations aristocratiques sous lesquelles il avait vécu courbé jusqu'alors. Plus de patrie municipale, c'est-à-dire plus de maîtres locaux; plus de sacrifices dans les villes particulières, c'est-à-dire plus de liens religieux entre les nobles et le peuple des bourgades[3]. La plupart des riches restèrent, il est vrai, dans la campagne pour y conserver au milieu de leurs serviteurs (πάνοικησία) leur existence indépendante (αὐτονόμῳ οἰκήσει) et leurs cérémonies antiques[4]. Ils gardèrent ainsi leur domination morale dans les lieux où leurs pères avaient autrefois régné; mais cette domination, dépourvue d'autorité légale, ne suffisait plus à maintenir le peuple dans l'ancienne obéissance. Le régime aristocratique était ébranlé, il fallait nécessairement le raffermir en le modifiant suivant l'esprit de la constitution nouvelle. « Thésée ne laissa pas, dit Plutarque, la démocratie sans ordre, et la multitude pêle-mêle et sans distinction d'états, mais ce fut lui qui le

[1] Thucyd., II, 15; Aristotel. *Politiarum fragm.* (*Inter fragm. Historic. græcor.*, éd. Firmin Didot, t. II, p. 105). — Voir dans Meursius, *Theseus*, cap. XVII et XVIII, les témoignages relatifs aux réformes de Thésée (Gronov., *Thesaur. antiq. græc.*, t. X, p. 481 à 568).

[2] M. Duruy, *Histoire grecque*, p. 86.

[3] Ménesthée, dans Plutarque, reproche à Thésée d'avoir enlevé à la multitude ses *patries* et ses sacrifices. Ἀπεστερημένους πατρίδων καὶ ἱερῶν. *Thes.*, 32.

[4] Thucyd., II, 16.

premier sépara la noblesse d'avec les laboureurs et les artisans [1]. »

Ainsi, d'après le témoignage de Plutarque, la réunion des douze cités en un seul peuple fut accompagnée d'une réforme dans l'état social. Aux associations primitives qui s'étaient formées sous l'influence aristocratique succédèrent des corporations fondées sur la distinction des conditions et des métiers. Or, ces ordres nouveaux de nobles, de laboureurs et d'artisans (*eupatrides*, *géomores*, *démiurges*), faisaient, nous le verrons plus tard, partie essentielle de l'organisation par tribus, par phratries et par familles. Il n'est donc pas téméraire de considérer celui qui les institua comme l'auteur de cette organisation elle-même. Thésée ou les réformateurs anonymes, cachés sous son nom, ont donc fait dans l'Attique un double changement. Après avoir concentré toute la vie politique dans Athènes, ils ont, afin de compléter leur œuvre d'unité, modifié les anciennes divisions du peuple, conservé les tribus, réorganisé les phratries et mis à côté des familles aristocratiques de nouvelles familles, entièrement factices et composées d'hommes unis entre eux par des sacrifices communs.

Voilà, suivant toute vraisemblance, l'origine de ces divisions artificielles, particulières à l'Attique, mais désignées par des termes que l'on retrouve employés dans toute la Grèce.

Ce principe d'association et d'égalité devait à la longue user la puissance que les institutions de Thésée laissaient encore à l'aristocratie. Le réformateur avait en effet été contraint, dans l'intérêt même de sa réforme, de donner aux nobles une grande importance dans l'Etat. Il n'avait d'ailleurs porté aucune atteinte à la propriété privée [2] sur laquelle reposait principalement la domination de l'aristocratie, et, tout en détruisant l'empire politique exercé par les nobles dans leurs bourgades, avait laissé debout ce pouvoir social que la force des choses donne aux grands propriétaires sur leurs tenanciers. En même temps, pour établir plus fortement l'unité nationale et rattacher les

[1] Plutarch. *Thes.*, 25. « Mit der dem Theseus zugeschriebenen Vereini-« gung des Volkes zu einem staatlichen Kœrper mussen wir auch die Glie-« derung dieses Kœrpers verbunden denken als die Anordnung gewisser « Volksabtheilungen. » Schœmann, *Griech. Alterth.*, I, p. 318.

[2] Νεμομένους τὰ αὐτῶν ἑκάστους, ἅπερ καὶ πρὸ τοῦ. Thucyd., II, 15.

grands à ses innovations, il les avait cantonnés dans Athènes[1] en leur accordant de nombreux priviléges. « Il avait donné, dit Plutarque, le droit aux eupatrides de connaître des choses divines, de fournir des magistrats, d'enseigner les lois, d'être les interprètes des choses saintes et sacrées[2]. »

A cette noblesse indigène, concentrée dans Athènes, dont elle occupait la forteresse, vint s'ajouter une aristocratie nouvelle que formèrent les invasions étrangères. Les Eoliens, sous la conduite de Mélanthus, d'Alcméon et de Pisistrate, fils de Péon et descendants de Nélée et de Nestor, s'établirent en Attique à la suite d'événements que les Athéniens semblent avoir défigurés par vanité nationale. Les Ioniens de l'Ægialée, chassés de leur pays par les Achéens ; d'autres habitants du Péloponèse, forcés de quitter leur patrie par la conquête dorienne, vinrent aussi, de gré ou de force, chercher un refuge en Attique[3]. Plusieurs savants vont même plus loin. De renseignements, dont ils forcent peut-être le sens et la portée, ils concluent que le pays subit une conquête dorienne. Les envahisseurs du Péloponèse, poursuivant les races qu'ils avaient dépouillées, n'auraient pas été découragés par le dévouement plus ou moins certain de Codrus, mais, après avoir mis la contrée à feu et à sang, auraient couvert le sol attique d'établissements doriens, ayant chacun leur temple d'Hercule. « A partir de ce moment, dit M. Hanriot, la démocratie est étouffée en Attique, le peuple est comme réduit en servitude, son élan est comprimé, et les annales du pays n'offrent plus rien à enregistrer de glorieux jusqu'à la révolution opérée par Solon et Pisistrate, c'est-à-dire pendant une période de plus de cinq siècles.» (Archontat, 1132 ; Pisistrate, 560 avant Jésus-Christ[4].)

Sans aller aussi loin et sans admettre précisément une conquête de l'Attique par les Doriens, on comprend néanmoins combien ces établissements et ces invasions venus du Péloponèse durent renforcer l'aristocratie nationale. Grâce à ces auxiliaires, elle put rester longtemps encore inébranlable.

Comment ces nouveaux venus entrèrent-ils dans l'organisation

[1] *Etym. magn.*, p. 395, 50, cité par M. Schœmann, t. I, p. 321.
[2] Plutarch. *Thes.*, 25.
[3] Voir M. Duruy, p. 88.
[4] M. Hanriot, *Recherches sur les dèmes*, p. 67, note 75.

des phylès et des phratries, c'est une question que l'historien ne saurait résoudre. Mais on conçoit facilement que l'intrusion de tous ces éléments étrangers dut amener une altération profonde dans le système primitif et contribuer pour une large part à rendre la démocratie stationnaire.

Thésée n'en avait pas moins déposé dans la constitution athénienne un principe d'égalité (ἰσηγορίαν) qui ne fut jamais étouffé[1]. Si plus tard Solon détruisit la toute-puissance d'une oligarchie qui n'était pas assez tempérée et fit cesser l'esclavage du peuple[2], il trouva du moins dans l'ancienne constitution deux éléments de liberté, à savoir : le principe de l'élection pour les magistrats[3] et la division des citoyens en corporations, dont les droits divers formaient une espèce d'équilibre[4]. Voilà pourquoi la démocratie athénienne croyait avoir autant d'obligations à Thésée qu'à Solon[5]. Aristote proclamait hardiment que ce prince avait le premier penché vers la multitude[6] et les fresques du portique royal le représentaient à la suite des douze grands dieux, entre les images du peuple et de la démocratie[7].

Voyons maintenant, par l'examen détaillé des divisions attiques, comment on peut justifier l'assertion d'Aristote et l'opinion générale des Athéniens.

§ 3. — Les quatre phylès. — Organisation intérieure. — Ressemblance des phylès avec les tribus romaines. — Opinions diverses sur la nature des phylès.

Malgré les changements qu'entraînèrent vraisemblablement les invasions dont nous avons parlé plus haut, la population de l'Attique se divisait encore, au temps de Solon et de Pisistrate,

[1] Πρῶτον ἰσηγορίαν καταστησάμενον. [Demosthenis] *Oratio funebris*, 28, éd. Reiske, p. 1397.

[2] Λίαν ἄκρατον οὖσαν. *Politique* d'Aristote, traduite en français par M. J. Barthélemy Saint-Hilaire; Paris, Imprimerie royale, 1837, t. I, p. 198, liv. II, chap. IX, § 2.

[3] Aristote, *ibid.*

[4] Ὥσπερ εἰς ἴσον κατέστησε. Plutarch., *Thes.*, 25.

[5] M. Barthélemy Saint-Hilaire, trad. d'Aristote, p. 198, note 1.

[6] Plut., *Thes.*, 25.

[7] Pausan., *Att.*, 3.

en quatre phylès[1]; ces tribus athéniennes avaient le nom de Géléontes, d'Hoplètes, d'Aegicores et d'Argades, noms que la tradition faisait venir des quatre fils d'Ion : Géléon, Hoplès, Aegicoreus et Argas[2]. Elles avaient des chefs qui portaient le titre auguste de *rois des tribus* (*phylobasiles*), siégeaient au Prytanéion, à côté du roi lui-même, et devaient principalement vaquer au soin des choses sacrées [3]. Ces chefs devaient être tirés de la classe des Eupatrides ou nobles; c'est dire que l'aristocratie conservait à la tête des phylès l'empire qu'elle exerçait à la tête de l'Etat tout entier.

Si l'on compare cette organisation des phylès avec celle des tribus romaines, on trouve d'abord entre les unes et les autres une très-grande analogie. Sauf le nombre qui diffère, tout paraît se ressembler. Les *tribuns* établis par Romulus comme chefs de ses trois tribus rappellent les phylobasiles des Athéniens[4]; leur puissance est, il est vrai, plutôt guerrière que religieuse [5]; mais à Rome comme dans l'Attique, les membres des tribus sont unis entre eux par une communauté de cérémonies et de sacrifices[6].

Pourtant, il ne faudrait pas trop se presser d'assimiler les phylès et les tribus. Si les phylès étaient des divisions fondées simplement sur la topographie, ou bien avaient, ainsi que les tribus juives, une origine patriarcale, l'assimilation serait tout à fait légitime. Les savants de notre siècle s'accordent presque tous à voir autre chose dans les phylès d'Athènes. Hérodote, Euripide et le plus grand nombre des anciens considéraient, à la vérité, les noms de ces tribus comme empruntés aux quatre fils d'Ion, le père supposé de la race ionienne[7]. Mais déjà dans l'antiquité cette origine était contestée; on niait que

[1] Pollux, *Onomasticon*, éd. Francof., 1608, VIII, 9, § 31. Suidas; Harpocration, *Etymol. magn.*, au mot Γεννῆται; Eustath., *Comment. in libro B Iliadis*, CLXXVII, p. 456, éd. de Florence, 1738.

[2] Hérodote, V, 66; Euripid., *Ion*, v. 1575-1581.

[3] Pollux, VIII, 9, § 31.

[4] Dionys. Halic., *Antiq. rom.*, II, 7.

[5] *Ibid*, II, 7 et 14.

[6] Οἱ τὰ κοινὰ ... ἱερά συντελοῦντες κατὰ φυλάς... *Ibid*, II, 21.

[7] Hérodot., V, 66; Euripid., *Ion*, v. 1575; Stephan., *De urbibus*, v° Αἰγικόρεως; Pollucis *Onomast.*, VIII, 9, § 31.

les prétendus éponymes fussent des personnages réels, et l'on admettait que les noms de phylès étaient symboliques et désignaient des conditions diverses. Pour Plutarque ou plutôt pour les auteurs dont il reproduisait le système, les *Hoplites* étaient des guerriers, les *Ergadées* des artisans, les *Gédéontes* des laboureurs et les *Aegicores* des bergers[1]. Strabon part du même principe que les auteurs cités par Plutarque. Il voit comme eux des castes dans les tribus athéniennes; mais il interprète leurs noms d'une manière un peu différente, confond les paysans en une seule classe et admet une phylè composée de prêtres[2]. Les érudits de notre temps ne s'accordent pas mieux sur le véritable sens des noms donnés aux tribus, mais trouvent cependant tout à fait vraisemblable l'opinion de Strabon et de Plutarque sur la nature de ces noms[3]. Les tribus d'Athènes n'étaient donc pas dans ce système de simples divisions, mais des castes à la manière de l'Inde et de l'Egypte; et l'on ne saurait alors les rapprocher des tribus romaines qui n'étaient rien moins que des états ou des ordres.

Toutefois, il ne me paraît point avéré que Plutarque et Strabon aient décidément raison contre Hérodote. Leurs étymologies ne s'accordent point et dénaturent gravement les noms des phylès[4]. Ils nient l'existence des fils d'Ion, et deux d'entre eux, Géléon et Hoplès, sont nommés dans la mythologie. Tandis que le premier était honoré dans l'Acropole d'Athènes sous le nom de *Jupiter* Géléon[5], le second était regardé par la tradition comme

[1] Plutarch. *Solon.*, 23. On voit que Plutarque altère les noms des tribus.

[2] Strabon, VIII, 7, p. 588, *a*, *b*.

[3] M. Guigniaut, *Religions de l'antiquité*, t. III, 3e partie, p. 884 et 885, note 3, et M. de Raumer, *Vorlesungen über die alte Geschichte*, Leipsig, 1847, t. I, p. 339 et 341, exposent les opinions diverses émises sur l'ordre hiérarchique et la signification à attribuer aux anciens noms des tribus. Cf. Schœmann, *De comit. Athen.*, 336, 355, et *Griech. Altherth.*, I, p. 320 et suiv.

[4] Ces noms, il faut le dire, ne sont pas les mêmes dans tous les manuscrits; mais une inscription trouvée à Cyzique paraît fixer comme vraie la leçon suivante : Αἰγικορεῖς, Γελέοντες, Ἀργάδεις, Ὁπλῆτες. Caylus, *Rec. d'antiq. ég. étr. gr. et rom.*, Paris, 1756, t. II, p. 207. Plutarque ne respecte que le premier de ces noms, et remplace les autres par Γεδέοντες, Ἐργάδεις, Ὁπλίται. *Sol.*, 23.

[5] Inscription rapportée par M. Ross, *Die Demen von Attica*, Halle, 1846 in-4°, p. VII (l. 6).

le père de Méta, la première femme d'Égée[1]. D'ailleurs, en admettant qu'à l'origine de la race ionienne les tribus de l'Attique aient véritablement formé des castes, elles n'avaient certainement pas conservé ce caractère. Une sorte de niveau social s'était insensiblement établi ; c'est l'avis presque unanime des savants mêmes qui tiennent pour les étymologies de Plutarque ou de Strabon[2]. Les phylès, dit M. de Raumer, finirent par ne plus constituer des ordres, mais de simples divisions[3]. Cette fusion des conditions les unes dans les autres, si tant est qu'elle ait été nécessaire, ne s'accomplit probablement pas à une époque tardive. Elle devait être déjà faite, quand les Ioniens s'établirent dans l'Attique, et, trouvant le pays déjà divisé en quatre cantons indépendants qui semblaient correspondre aux régions naturelles du sol, laissèrent subsister cette ancienne division territoriale en se contentant d'y adapter les noms de leurs tribus[4].

Envisagées de cette manière, les phylès de l'Attique peuvent être rapprochées des tribus romaines. Mais si l'on veut descendre un degré plus bas dans la comparaison des deux républiques, l'analogie disparaît et l'opposition commence.

C'est ce que montrera l'étude des phratries athéniennes.

Ch. Revillout,
Docteur ès lettres, agrégé d'histoire.

[1] Apollod., *Biblioth.*, III, 15, 5; Phanodem., *Fr.* 3, *a* (Didot, *Fr. H. græc.*, I, p. 367).

[2] Voir M. Schœmann, *Gr. alt.*, t. I, p. 320 et 321.

[3] Raumer, *Vorlesungen*, t. I, p. 453.

[4] M. Hanriot, *Recherches, etc.*, p. 15 et 16.

ESQUISSE DU DROIT FÉODAL

PAR FEU PIERRE ODIER,

PROFESSEUR DE DROIT A GENÈVE[1].

(Suite et fin.)

CHAPITRE IV.

DROITS DU POSSESSEUR DE FIEF DANS SES DOMAINES.

A. — *Droits de souveraineté et lesquels.*

56. C'est un des caractères les plus incontestés aujourd'hui, de la féodalité à l'époque de son apogée, c'est-à-dire dès la fin du dixième, et pendant les onzième et douzième siècles, que, « sous la réserve de ses devoirs de fidélité et d'hommage envers son suzerain, chaque possesseur de fief grand ou petit était *souverain dans ses domaines*. L'action de ses supérieurs féodaux se bornait à exiger de lui certains services personnels, mais elle n'intervenait à aucun titre dans l'administration du fief, ou du sous-fief qui lui avait été concédé : le dernier *écuyer* était maître absolu à cet égard. Et ce n'est que très-postérieurement que, cédant à la force, les petits propriétaires de fiefs durent subir dans l'*intérieur de leur domaine*, quant à leur manière de le régir, de l'administrer, d'y commander, de certaines restrictions et le contrôle d'une autorité centrale, qui, à l'époque dont nous parlons, n'existait point encore[2].

Quand une fois le baron, le vassal, s'était acquitté envers son

[1] Voir le numéro de septembre-octobre 1861.

[2] Beaumanoir, qui écrivait en 1283, dans un temps où le pouvoir royal commençait cependant à se relever, dit dans son commentaire de la *Coutume de Beauvoisis*, chap. XXXIV, n° 41 : « Pour ce que nous parlons en ce « livre, en plusieurs lieux, du souverain, et de ce qu'il peut et doit faire, « li aucun pourraient entendre, pour ce que nous ne nommons ni duc, « ni comte, que ce fut du roy ; mais en tous les lieux que li roy n'est « pas nommé, nous entendons de ceux qui tiennent en baronie, *car cha-* « *cun des barons si est souverain en sa baronie.* » V. Beaumanoir. Ed. Beugnot, t. II, p. 22.

seigneur des diverses obligations féodales que nous venons de passer en revue, il ne lui devait plus rien et jouissait dans son fief d'une entière indépendance : seul il donnait des lois aux habitants, leur rendait la justice, mettait des taxes et n'en pouvait subir aucune que de son propre aveu. En principe et sauf les devoirs féodaux, l'égalité des droits dans l'*intérieur des domaines* était entière entre le vassal et le suzerain.

Reprenons les principaux de ces droits du possesseur de fief, qui aujourd'hui constituent exclusivement les prérogatives du gouvernement central, du souverain de l'Etat.

57. 1°. Quant au plus important de ces droits, le droit de faire des lois, le *pouvoir législatif*, c'était un principe fondamental que tout vassal possédait dans les limites de son fief des attributions de souverain telles qu'il ne pouvait être obligé par aucune loi sans son consentement.

Saint Louis, dans ses *Établissements*[1], reconnut hautement ce principe pour ses domaines, et *à fortiori* en était-il de même dans le domaine des autres grands *suzerains* qui s'étaient partagé le sol de la France. Le roi, dit-il, *ne peut faire de proclamation, ni promulguer aucune loi dans le territoire d'un baron sans son consentement, et il en est de même du baron à l'égard du vavasseur*[2]. Aussi les suzerains ne prenaient-ils de mesure un peu générale qu'après avoir convoqué leurs grands vassaux pour y avoir leur assentiment; les grands vassaux, à leur tour, n'administraient, ne rendaient la loi obligatoire dans leur territoire qu'après l'assistance et le consentement de conseils semblables composés de leurs barons et vassaux immédiats; enfin, telle était la symétrie des coutumes féodales, que chaque vavasseur avait pareillement sa cour, dans laquelle tous les tenanciers de fiefs assistaient pour qu'ils eussent à voir s'il leur convenait de s'assujettir à la loi du suzerain.

Dans les occasions où il était évidemment indispensable de délibérer en commun, d'adopter quelques dispositions, quelques lois plus ou moins générales, les seigneurs voisins s'assemblaient pour concerter des mesures que chacun s'engageait à exécuter dans ses domaines : le roi lui-même n'y était que partie con-

[1] Liv. I, chap. XXIV.
[2] *Ord. des rois*, t. I, p. 126.

tractante à l'égal des autres, quand il lui convenait d'y intervenir pour les Etats relevant de lui, sans aucune autorité coercitive sur les autres [1]; chacun restant libre de s'en départir dès que le traité ne lui convenait plus. Quelquefois les suzerains recouraient à des convocations plus générales, à des assemblées de tous les vassaux ou cours plénières dans lesquelles leur assentiment à quelque grande mesure d'intérêt général était demandé; c'est à une de ces assemblées tenue en 1146 que la croisade de Louis VII fut résolue; c'est aussi à une semblable assemblée tenue à Soissons, en 1155, que la cessation des guerres privées fut consentie pendant dix ans; enfin la fameuse *dîme saladine*, levée sur tous les biens laïques et ecclésiastiques pour faire la guerre aux infidèles, fut aussi votée et accordée en 1188 de la même manière. Si le principe de l'indépendance de souveraineté et de législation était respecté à l'égard des possesseurs de fiefs dans des circonstances aussi graves, par des dispositions aussi générales que celles que nous venons de mentionner, à plus forte raison en était-il de même quand il ne s'agissait que de dispositions partielles pour l'administration intérieure de leur domaine. Et c'est ce dont les nombreuses décisions prises en chaque localité, et qui ensuite donnèrent lieu à des coutumes, à des usages si différents de château à château, de canton à canton, mettent en dehors de tout espèce de doute.

58. 2°. Le possesseur de fief avait le droit de lever sur ses domaines telles impositions ou *taxes* qu'il voulait. Il ne devait au suzerain que les *aides et reliefs* féodaux, et ne pouvait être tenu à autre chose; et encore, pour les percevoir, ce n'était nullement aux officiers du seigneur supérieur qu'il avait recours : il subvenait à ses obligations à cet égard de la manière qu'il trouvait expédiente; pourvu qu'il les payât selon les *coutumes des fiefs*, personne n'avait le droit de contrôler les moyens qu'il employait pour se les procurer. Quant aux impôts ou taxes que le vassal levait en vertu de son droit sur ses domaines, les *censives*, les *redevances dites de lots et ventes*, surtout les *tailles*, les *péages*, les droits d'*aubaine* et autres avaient acquis une espèce de caractère de fixité; mais l'imprévu et le régime des exactions contre les roturiers et les vilains prévalaient généralement, et

[1] Hallam, p. 218.

tout en accusant la barbarie des temps, justifient du moins la certitude du droit, le pouvoir absolu des seigneurs. Quand ces exactions ne suffisaient plus à leur avidité, ils *pressuraient* les juifs; l'on a peine à se figurer jusqu'à quel point les extorsions à leur égard furent poussées dans toute la France, surtout dans les domaines royaux.

59. 3°. Le droit de *battre monnaie* appartenait en principe à tout possesseur de fief aussi bien qu'à son suzerain; en fait, il ne fut sans doute exercé que par les plus puissants et par les possesseurs de fiefs considérables. Quoi qu'il en soit, dès le dixième siècle, l'on voit une foule de seigneurs donner cours à des monnaies qui n'avaient d'autres marques que les leurs [1].

A l'avénement de Hugues Capet, il n'y en avait pas moins de cent cinquante qui exerçaient ce droit : on en comptait encore plus de quatre-vingts sous saint Louis. C'était là, en effet, un moyen de revenus considérables, non-seulement par les taxes (appelées *monetagium* ou *focagium*) qu'ils imposaient à chaque nouvelle émission, mais surtout par l'altération du titre de ces monnaies. Le difficile était d'empêcher la circulation de la monnaie des seigneurs voisins : et aussi cette circulation n'avait lieu que par compromis. Ainsi, en 1185, on voit un traité semblable entre Philippe-Auguste et l'abbé de Corbie pour l'admission mutuelle de leur monnaie dans leurs domaines. Louis IX essaya dans plusieurs règlements de faire recevoir exclusivement sa monnaie dans le territoire des seigneurs qui n'en battaient pas, et de l'imposer aux autres seigneurs concurremment avec la leur; mais le nombre de ces règlements et l'état d'abaissement où était encore, même à cette époque, l'autorité royale, font assez supposer que cette prérogative en faveur du roi de France ne prévalut pas. Il faut attendre jusqu'au règne de Philippe le Bel pour voir le droit de battre monnaie et surtout celui de l'altérer mis au nombre des droits régaliens. Nous reviendrons ailleurs sur cette modification des principes du droit féodal comme sur les autres [2].

60. 4° Le droit de faire la guerre était encore parmi ces droits

[1] Voy. Ducange, au mot MONETA : dom Vaissette, *Histoire du Languedoc*, t. II, p. 110.

[2] Cf. Ducange, V. *Monetagium*; Rallau, p. 230-231 : Leblanc, *Traité des monnaies*, p. 91, 92.

de souveraineté que possédaient les vassaux. Nous avons assez parlé ailleurs de l'obligation féodale qu'ils avaient de suivre le suzerain, les seigneurs auxquels ils avaient fait hommage, dans leurs expéditions. Mais, en dehors de ce service féodal, quand leur suzerain n'avait pas besoin d'eux, était en paix, ou lorsque leur service était accompli, ou enfin lorsque la félonie de celui duquel ils relevaient les laissait libres de ne pas guerroyer avec lui, ils avaient pleinement le droit de faire la guerre pour leur propre compte. Ce que nous avons dit dans la période précédente au sujet des guerres privées qui devinrent presque une forme constitutive de la société, au dixième siècle, dans l'enfance du régime féodal, est encore vrai pour le temps qui nous occupe. Seulement, les guerres privées y étaient moins fréquentes, moins désordonnées, et elles avaient même reçu de certains rois une espèce d'organisation[1]. Il n'y avait que les personnes hautement considérables, nobles ou chevaliers, qui eussent le droit de faire la guerre privée : elle supposait la noblesse de sang et l'égalité des conditions entre les contendants. Des actes de violence, des insultes, des affronts publics, étaient des motifs suffisants pour légitimer la prise d'armes contre ceux qui en étaient les auteurs ; et généralement tous les crimes capitaux, tous ceux qui dans la justice séculière entraînaient peine de mort, rendaient légitimes les hostilités particulières. Les parents des deux principaux adversaires se trouvaient enveloppés dans leur cause et obligés d'épouser la querelle du chef auquel ils étaient unis par les liens du sang. L'on fixa le *degré de parenté* jusqu'auquel s'étendait cette obligation, d'après le droit canonique en matière d'empêchement de mariage : ainsi, quand l'Eglise étendit les prohibitions de mariage jusqu'au septième degré, les parents jusqu'au huitième degré durent suivre à la guerre leur parent. Après le quatrième concile de Latran, qui restreignit l'empêchement aux parents du quatrième degré, l'obligation de guerroyer n'atteignit plus que les parents au quatrième degré. Toute personne qui s'était trouvée présente lorsque l'acte qui donnait lieu à la guerre avait eu lieu, était

[1] De Laurière, préf. au t. I *Ordonn. du Louvre*, p. 25-33 ; Beaumanoir, au titre : *Comment guerre se fait par coutume*, t. II, chap. LIX, p. 252 et suiv., éd. Beugnot ; Ducange, *Dissertation* XXIX^e *sur Joinville*, p. 331 ; Robertson, *Introd. à l'hist. de Charles V*, note 21, p. 102. Ed. Panthéon.

obligée de prendre parti dans cette guerre pour l'un ou pour l'autre contendant. Il va sans dire que tous les vassaux de chaque fief y étaient tenus, car c'était en grande partie dans la prévision des guerres privées que leur engagement de fidélité avait été contracté de part et d'autre.

61. Les guerres privées, ainsi systématisées, se renouvelèrent encore si souvent, que les ecclésiastiques cherchèrent à interposer leur autorité. Le plus ancien règlement fait pour cet objet par l'Eglise date de la fin du dixième siècle. En 990, plusieurs évêques des provinces méridionales de France publièrent différents monitoires, par lesquels ils déclarent que « tous ceux qui « prendront part à ces guerres seront excommuniés pendant leur « vie et privés, après leur mort, de la sépulture chrétienne. » Différents conciles, entre autres celui de Limoges, en 994, confirmèrent ces décisions, et y ajoutèrent toutes les exhortations et injonctions canoniques les plus propres à faire impression sur les esprits. Tous ces moyens échouèrent si bien, qu'un évêque de la province d'Aquitaine dut en appeler aux *révélations;* il prétendit, en 1022, qu'un ange lui était apparu, ordonnant, de la part de Dieu, *que tous les hommes eussent à cesser leurs hostilités particulières et à se réconcilier les uns avec les autres.* Il publia cette révélation dans un temps de calamités publiques, et il obtint d'abord tant de succès, qu'il y eut une suspension des hostilités assez générale pendant sept ans; durant ce délai, les ecclésiastiques firent accorder par convention de tous les barons, que l'*on s'abstiendrait à l'avenir des guerres privées pendant les grandes fêtes de l'Eglise, et, chaque semaine, depuis le soir du jeudi jusqu'au lundi matin de la semaine suivante.* On donna à cette convention le nom de *trêve de Dieu;* elle fut confirmée par l'autorité du pape, qui menaça de l'excommunication quiconque la violerait[1], et par divers conciles, entre autres par celui de *Toulujes*, dans le Roussillon, en 1041.

62. Si la *trêve de Dieu* avait été exactement observée, le droit de guerre des possesseurs de fiefs eût sans doute fini par s'éteindre; mais il n'en fut pas ainsi : les nobles, sans égard à la trêve, poursuivirent le cours de leurs hostilités comme aupara-

[1] *Corp. juris canonici*, titre de « Treuga et pace », tiré du concile de Latran en 1179, sous Alexandre III. — *Decret*, liv. I, tit. XXXIV, chap. I.

vant. Il n'y avait point de convention, ni de promesse, si sacrée qu'elle pût être, qui fût alors capable de contenir l'esprit de violence auquel l'état anarchique de la société avait accoutumé les seigneurs féodaux. Et de fait, nul pouvoir n'était assez fort aux dixième, onzième et douzième siècles, pour réprimer efficacement une coutume qui menaçait de détruire tout gouvernement, et qui n'était que la réalisation du droit de la force, le *droit à main armée*. Les rois de France, à mesure que leur autorité grandissait au-dessus de celle des grands vassaux, firent de louables efforts pour s'opposer à ce désordre organisé. Beaumanoir[1] attribue à Philippe-Auguste (environ l'an 1220) l'institution de la *Quarantaine-le-Roi*, qui fut renouvelée, sinon publiée pour la première fois, par Louis IX, en 1245. Cette ordonnance défendit *de commencer aucune hostilité contre son adversaire avant quarante jours écoulés depuis l'offense ou la querelle qui y donnait lieu*. C'est ce qu'on appelle aussi *trêve royale*[2]. Elle eut certainement de bons effets, mais dans les limites seulement des domaines royaux. Et encore fallut il que saint Louis lui-même et ses successeurs la renouvelassent souvent pour contraindre leurs vassaux à son exécution[3].

Ce ne fut que lorsque l'autorité royale commença à dominer

[1] *Beauvoisis*, chap. LX, n. 13, t. II, p. 371. Ed. Beugnot.

[2] Voici les propres expressions de Beaumanoir, *suprà* : « Trop mauvaise « coutume soulait courre en cas de guerre el royaume de France, car quand « aucun fait advenait de mort, de méhaing ou de basteure, chil à qui le « vilenie avait été faite, regardait aucun des parens a ceux qui lui avaient « fait la vilenie, et qui demeurt loin du lieu là où il avait été fait, si que « ne savaient-ils rien du fait. Et puis allaient là. Et sitot comme ils le « trouvaient ils l'occiaient, ou méhaignaient, ou bataient, ou en faisaient « toute leur volonté, et de cil qui garde ne s'en donnait, et qui ne savait « rien. Pour les grands périls qui en avenaient le bon Roi Philippe (Phi- « lippe-Auguste) en fit un Etablissement tel, que quand aucun fait est « advenu, ceux qui sont au fait présens se doivent bien garder, depuis le « fait, de rien faire qui puisse empêcher une trêve par justice ou par « amis... Mais tout le lignage de l'une partie et de l'autre, qui ne furent « présens au fait, ont par l'établissement le Roi *quarante jours* de trêves, « et puis après les quarante jours ils sont en guerre. Et par ces quarante « jours ont les lignages loisir de savoir ce qui avient en leur lignage si « que ils y peuvent pourvoir, ou de guerroyer ou de pourchasser assure- « ment, trêves, ou paix. »

[3] Voir *Ordonnances de saint Louis*, 1257. — Cf. Préface de de Laurière au t. I des *Ordonnances des rois*, p. 30 et suiv. — *Id.*, p. 56, 84.

celle des seigneurs et à faire reconnaître sa suzeraineté que les possesseurs de fiefs purent être réellement entravés dans l'exercice de cet abusif droit. Nous aurons l'occasion de mentionner, quand nous parlerons des modifications que la féodalité eut à subir du pouvoir royal, des ordonnances sur ce sujet de Philippe le Bel[1] et de ses successeurs, 1296, 1303, 1314, 1319, 1353. Aucun des droits nés du régime féodal n'eut plus de peine à céder aux progrès de la civilisation.

Nous retrouverons encore les guerres privées au quinzième siècle et jusqu'à Louis XI. Mais nous n'avons pour but ici que de constater le droit, point d'anticiper sur sa répression.

63. 5° Un dernier droit qu'avait sur tous ceux qui habitaient son domaine le seigneur féodal, c'était le droit de justice, la *juridiction*. Nous ne parlons pas ici des formes de ses jugements, nous n'entrons pas non plus dans les détails des rapports existant à cet égard entre les différents vassaux suivant la hiérarchie féodale; nous reverrons ailleurs tout ce qui concerne les institutions judiciaires. Nous voulons seulement constater un fait généralement établi à l'époque culminante de la féodalité, savoir : que le droit de juridiction était inhérent au fief et appartenait à la souveraineté, au possesseur du fief. Beaumanoir, *sur la Coutume de Beauvoisis*, chap. XXXIV, l'exprime énergiquement : *Chacun ès barons, si est souverain en sa baronie*[2], *baron si a toutes justices en sa terre.*

Nous reviendrons sur l'application de ce principe dans le paragraphe où nous parlerons de la *justice féodale* et des modifications qu'il subit par la suite, lorsque nous parlerons dans la deuxième partie de cette période « des restrictions du régime féodal. »

B. — Personnes sur lesquelles ces droits de souveraineté féodale s'exerçaient.

64. Après avoir rapidement énuméré les droits que les possesseurs de fiefs avaient dans leurs domaines, il faut savoir ce qu'étaient ces domaines, sur quelles classes de personnes le sei-

[1] *Ordonnances du Louvre*, t. I, p. 328, 390, 538 et 701.

[2] Mêmes expressions dans les *Établissements*, liv. I, chap. XXIV.

gneur de fief exerçait sa souveraineté féodale ; en un mot ce que comprenait *l'intérieur du fief* ; et, pour suivre la division la plus *extérieure*, considérons le *château*, le *village*, la *campagne et ses serfs*, les *villes et leurs habitants*, l'*Eglise et ses domaines*.

65. Au premier rang nous trouvons le *château* et ceux qui l'habitent ; le château est le centre, l'élément matériel de la féodalité ; c'est le seul refuge contre la force d'un voisin puissant, le seul moyen de tenir en respect un vassal rebelle, le seul asile où les femmes, les vieillards et tous les subordonnés peuvent se mettre à l'abri des incendies, des pillages qui signalent ces temps de guerres privées. Aussi, un château élevé dans le voisinage d'un grand fief était-il pour tous les gens des environs un étendard de protection autour duquel peu à peu ils venaient construire leurs chaumières, et sous les murs duquel se groupait enfin le village féodal. Pour les nobles et les seigneurs voisins, pour les églises qui craignaient les rapines, la construction d'un château était un sujet de craintes, de contestations sans fin ; dans ces temps où la guerre était partout, c'était presque une déclaration de guerre que de se mettre en état, en la repoussant pour son propre compte, de la porter chez autrui.

Quoi qu'il en soit, aux onzième, douzième et treizième siècles, chaque seigneur devait se fortifier chez lui, et n'ayant de sûreté qu'à ce prix, des châteaux s'élevèrent de toutes parts ; et non-seulement on construisait des châteaux forts, mais on se faisait de toutes choses des fortifications, des repaires, des habitations défensives. Les monastères, les églises, les villes, les bourgs furent fortifiés : on les entoura de tours, de remparts, de fossés, on y soutint de longs siéges. Tout devint forteresses, châteaux forts pour les possesseurs de fiefs. Le caractère de la vie que menaient les seigneurs féodaux dans ces enceintes fortifiées, c'était sans doute l'isolement, le développement des mœurs dures et guerrières ; mais cependant, cette vie, toute sombre qu'elle paraît, ne fut pas sans heureux résultats : la vie de famille y devint plus intime, la position des femmes et surtout des mères, plus honorée, plus relevée, l'éducation des enfants plus suivie, plus complète. Ce ne furent plus des esclaves domestiques brutalement sacrifiés à l'ignorance et aux passions de leur chef, mais des compagnons d'une vie pleine de périls, et sinon des égaux, au moins des amis. On vit donc renaître dans les châ-

teaux la vie de famille, les droits des femmes, et ceux non moins précieux des enfants et des parents. Eux aussi participèrent aux avantages, aux prérogatives, je dirai presque aux honneurs de la société féodale, personnifiée dans leur chef.

Bien plus, quand on arrive au milieu du onzième siècle, on retrouve autour du seigneur et de sa famille, réunis sous le toit du château, soumis à son pouvoir, tout ce qui restait de plus distingué parmi les hommes libres. Les grands possesseurs de fiefs, ayant multiplié les *offices*, s'étaient entourés d'un cortége nombreux de fonctionnaires, libres d'origine, dont les noms rappellent et les anciennes distinctions de l'empire romain et les charges introduites par Charlemagne, et enfin des dignités nouvelles : *sénéchal*, *maréchal du palais*, *échansons*, *fauconniers*, *pages*, *varlets*, *écuyers de toutes sortes*. Or, quoique tous ces officiers, soit par les fiefs qu'ils tenaient du seigneur, soit par leurs seules fonctions, fussent entièrement sous son pouvoir, c'était cependant des hommes de même état, de même condition que lui, et qui ne pouvaient être traités sans égards et sans foi.— Bientôt la petite cour des seigneurs les plus puissants fut le centre vers lequel gravitèrent tous les talents, toutes les ambitions : les fils des seigneurs amis allèrent chez le seigneur voisin faire leur apprentissage de guerriers, de fidèles, de courtisans, et s'assurer sa protection par leurs services personnels : ainsi s'élargit le cercle de la vie féodale, ainsi se peupla et se remplit le château féodal.

66. Bientôt, au sein de cette vie de château, partagée entre les rudes occupations de la guerre et les devoirs plus brillants des offices de cour, l'on vit se former une institution toute nouvelle, celle de la chevalerie, qui réunit tous les caractères les plus saillants, les plus honorables et les plus honorés de la vie féodale, et le courage, et la valeur, et la loyauté, et la fidélité au seigneur, et le dévouement pour le faible. Puis, lorsque, après un noviciat accompagné d'épreuves, l'on avait justifié de toutes ces conditions, les cérémonies les plus propres à frapper l'imagination avaient lieu : on était armé chevalier, on prêtait un nouveau serment en mémoire du suzerain qui avait déjà reçu un hommage, l'Eglise ajoutait à l'effet de cette nouvelle association à son seigneur l'effet de toutes ses pompes, et l'on s'élançait à la recherche des périls et des aventures. C'est ainsi que naquit la

chevalerie, qui, du onzième au treizième siècle, jeta un éclat romanesque sur la féodalité, qui amena dans les châteaux des défenseurs, des hôtes, beaucoup plus dévoués au seigneur de fief que les anciens *fidèles* des rois carlovingiens, et qui contribua puissamment, sinon à sauver la féodalité de sa ruine, du moins à poétiser cette époque et à adoucir la rudesse des mœurs des seigneurs.

67. Autour du château était le *village féodal*, occupé par les villani ou *vilains*. C'étaient tous les débris de ces anciens possesseurs du sol, que nous avons déjà mentionnés dans les périodes précédentes : les uns, hommes primitivement libres et propriétaires, mais qui n'avaient pu garder franche leur propriété et qui, n'ayant su occuper une place parmi les maîtres, étaient tombés eux et leurs terres sous la sujétion féodale ; les autres, descendant de colons, ou colons eux-mêmes, lides ou même serfs tenanciers, qui s'étaient appropriés leurs tenures, agglomérés autour du manoir féodal, étaient sur la même ligne que les anciens propriétaires dont nous venons de parler, et n'avaient guère fait que changer de maîtres. Tous ces voisins du château avaient bien trouvé dans le régime féodal une protection contre le pillage des bandes, contre les usurpations des propriétaires limitrophes ; mais leur position s'était dans un sens aggravée, en ce que ce régime les avait à peu près livrés à l'arbitraire de leur seigneur. Ils se trouvaient en effet sous le pouvoir presque absolu du propriétaire du fief, en sorte que, bien que qualifiés de *francs*, ils étaient généralement compris dans la dénomination générale d'hommes de *poëste*, hommes sous puissance, *gens potestatis*.

68. Vu la notion extrême du fief, qui n'était autre que celle de la souveraineté, et de la souveraineté par droit de propriété, il est certain que les vilains, ou hommes de poëste, n'avaient rien de ce que nous appelons aujourd'hui *liberté*. Non-seulement les lois seules du possesseur du fief dans la circonscription duquel ils se trouvaient les régissaient, sans recours possible à une autorité supérieure, mais encore c'était lui seul qui les imposait, qui réglait leurs tailles, rentes, redevances, ou taxes tant foncières que personnelles. Ils ne pouvaient quitter ses domaines sans son congé ; ils ne pouvaient se marier sans sa permission ; ils ne pouvaient vendre leurs terres qu'avec son auto-

risation, et devant lui, et par lui ou par ses hommes; il fallait même qu'ils se rachetassent de la *main-morte* pour que le seigneur ne mît pas la main sur leur héritage et leur reconnût le droit actif et passif de succession. Certes, c'était là une condition très-voisine de celle des serfs.

69. Mais toutes ces applications rigoureuses du régime féodal ne tardèrent pas à s'amender. Les seigneurs dans leurs fiefs, l'Église dans ses nombreuses propriétés, les rois dans leurs domaines, mus le plus souvent par leur propre intérêt et par le besoin qu'ils avaient de leurs vilains, ne tardèrent pas à restreindre à leur égard cette latitude d'arbitraire que le régime féodal leur donnait sur eux. Généralement, leurs droits et redevances furent réglés d'une manière fixe, et il fut reconnu en fait, sinon en principe, qu'une fois ces redevances payées, ces droits acquittés, les vilains avaient, comme dit Beaumanoir, « franche poëste de faire ce qu'il leur plaît, excepté les vilains « cas et les méfaits qui sont défendus entre les chrétiens, pour le « commun profit[1]. » Pierre de Fontaines, dans son *Conseil à un ami*, fait encore une pleine concession à la rigueur du droit féodal, quand il dit : « Par notre usage, n'a-t-il entre toi et ton « vilain juge fors Dieu, tant comme il est tes couchans et le- « vans, etc. » Mais il tempère immédiatement cette énonciation d'arbitraire, quand il ajoute : « Et saches bien que selon Dieu, « tu n'as mie plénière poëstè sur ton vilain. Donc si tu prends « du sien, fors les droites redevances qu'il te doit, tu les prends « contre Dieu, et sur le peril de ton ame comme robierres[2] (c'est- « à-dire voleur). »

On sait que de Fontaines et Beaumanoir écrivaient au treizième siècle.

Au surplus, pour se faire une juste idée des conditions des vilains dès cette époque, on peut consulter les chapitres CXXX et suiv., liv. Ier, des *Établissements* dits *de saint Louis*. On y verra les droits des vilains et hommes coutumiers du domaine royal, fixés avec une pleine équité par des règlements sur les principaux points de la vie civile, tels que douaires, successions, partages, tutelles, actions en justice, etc.

[1] Chap. XLV, n. 30.

[2] Ed. Marnier, p. 224, chap. XIX, n. 8.

70, Un siècle plus tard, c'étaient leurs droits sur la propriété immobilière qui étaient régularisés. Bouteiller signale particulièrement trois modes de *tenures* des fonds, accessibles aux vilains et qui leur étaient éminemment favorables : le premier mode était la tenure en *censive* ou « à cens » ; moyennant un *cens*, une redevance payable annuellement au seigneur, le vilain jouissait de tous les avantages et profits de la terre qu'il possédait ; il en était même qualifié *propriétaire,* en ce sens que si le seigneur retenait sur le fonds le domaine *direct*, c'est-à-dire les droits honorifiques et seigneuriaux, d'un autre côté le *censier*, pourvu qu'il satisfît à ses obligations et redevances, jouissait pleinement du domaine utile et ne pouvait être dépossédé. L'aliénation du *cens* (car il était transmissible aux conditions sous lesquelles il avait été établi) se faisait devant le seigneur et les plus notables d'entre les vilains, avec de certaines formes de publicité et de saisine, empruntées à l'ancien droit germanique et à l'investiture féodale. Le *second mode* était la tenure en *cotterie*, dans laquelle les hommes coutumiers ou vilains ne devaient qu'une rente, et jouissaient aussi de l'avantage de faire sanctionner leur mutation de l'héritage par-devant un nombre d'hommes coutumiers comme eux. Le *troisième mode*, qui était le *bourgage*, était la tenure des maisons sises dans les bourgs ou petites villes du domaine du seigneur. Le tenant en bourgage en recevait presque la propriété parfaite : il en jouissait et les transmettait comme son bien, pourvu qu'il payât fidèlement la rente d'hébergement ou d'*abergement* à la seigneurie, en reconnaissance de sa sujétion [1].

Les choses allèrent au point que les vilains ou hommes de poëste acquirent et possédèrent même des fiefs [2]. Et nous avons dit au commencement de cette partie comment l'on finit par sanctionner en partie ce droit. Nous n'y reviendrons pas.

71. Quelles étaient les formes des aliénations des héritages vilains ? La vente des fonds roturiers ne se faisait valablement qu'avec de certaines formes solennelles, nommées *de vest* ou *devest*, de l'*adhéritement*, de la *saisine*, du *vuerp* et autres ex-

[1] Voy. *Somme rurale*, tit. LXXXIV. Ed. in-4, 1611, p. 488 et suiv.

[2] Cf. Beugnot sur Beaumanoir, note sur p. 354, t. I, chap. XLVIII, *Ordonnance de Philippe le Hardi*, 1275. Cf. Charondas, *Pandectes*, œuvres in-fol., t. II, p. 174 ; liv. II, tit. I.

pressions toutes synonymes. On y observait quelques-unes des formalités de l'investiture exigées lors de la constitution de fief, et des cérémonies analogues, du moins quant à la publicité.

Ces cérémonies s'accomplissaient *à conjure d'hommes*, c'est-à-dire par-devant un certain nombre d'hommes du seigneur, tous pairs des parties, *conjurés*, c'est-à-dire réunis en cour de plaid pour déclarer (sous leur serment de fidélité et par jugement) que la propriété de l'héritage était passée du vendeur à l'acheteur.

En leur présence, le vendeur remettait, comme symbole de tradition, un *bâton* en mains du seigneur, en déclarant son intention de vendre à un tel et en annonçant son payement; l'acheteur se mettait à genoux, et le seigneur lui remettait le *bâton* en signe de saisine, en lui disant : *Je vous en saisis sauf tous droits*. Aussitôt les *hommes* déclaraient *qu'il étoit bien adhérité et à loy*, c'est-à-dire que dès lors la mutation de propriété de l'héritage était parfaite à son égard, d'après la loi et la coutume. Et il en était tenu acte.

Dans quelques-unes de ces provinces, on exigeait de plus, pour vendre un héritage, que le vendeur s'assurât du consentement de son *hoir*, de son héritier présomptif; à moins qu'il ne justifiât de nécessité absolue ou de son intention d'employer le prix en achat de suffisants héritages [1].

Dans ces circonstances, quoique le seigneur intervînt avec ses hommes pour accomplir les formalités de saisine, il n'avait aucune action pour s'opposer à la vente du bien : il n'était là que comme présidant aux solennités et nullement comme autorisant personnellement la vente. Ainsi l'immeuble n'en était pas moins dans le libre patrimoine du vendeur et dans le commerce; seulement, des formes étaient requises pour son aliénation, pour sa tradition, pour sa mise réelle en possession de l'acheteur.

72. Quant à ces formes mêmes, quant à ces cérémonies publiques faites devant la cour du seigneur et de ses hommes, elles avaient pris leur origine dans les coutumes germaniques; car, chez les Germains, les ventes, les traditions d'immeubles se faisaient par symboles, comme d'un bâton, d'une touffe de gazon,

[1] Bouteiller, *Somme rurale*, tit. LXVII. Ed. 1611, p. 401.

d'un fétu soumis à l'acheteur, devant le *mall*, ou plaid; elles se firent plus tard de même, sous les Carlovingiens, devant la cour, dans les plaids du comte ou du canton [1]. Et cette coutume persévéra jusqu'à une époque fort avancée dans tous les pays où domina l'esprit germanique, en Allemagne [2], en Angleterre [3] et dans plusieurs anciennes coutumes du nord de la France, notamment le *Haynault*, la *Flandre*, la *Picardie* et l'*Artois* [4]. Cette théorie est précieuse en droit civil, car elle est le fondement du grand principe de la publicité des droits réels.

73. Mais au milieu de cet assujettissement de tous les possesseurs au fief, qu'étaient donc devenus les *alleux*, ces propriétés libres appartenant à des hommes libres? N'y avait-il pas là une classe d'habitants du sol féodal plus indépendants que les *hommes de poëste?* Nous avons déjà dit à la fin de la période précédente comment tous les hommes libres, tous les propriétaires d'alleux avaient dû finir par courber la tête sous les violences et l'arbitraire qui accompagnèrent la décadence des derniers Carlovingiens. Quelques-uns persistèrent cependant dans le Midi, où la liberté romaine avait laissé des traces plus vivantes; en Languedoc, par exemple, on avait même conservé le principe que les fonds devaient plutôt être présumés *alleux et libres* que *féodaux et assujettis*. Mais dans tout le nord de la France, dans tous les pays de l'obéissance du roi, et en général partout où la féodalité s'était librement développée, on ne reconnaissait plus

[1] Voy. *Capitulaire* I de l'an 819, chap. VI. — *Capitulaire* IV de l'an 803, chap. VII.— *Loi des Bavarois*, tit. XIV, XVII. — *Loi salique*, tit. XLIX. — *Loi des Lombards*, liv. II, tit. XIV, chap. XIII. — *Formules* de Marculphe, 20 et 43. — Galland, *Traité du franc alleu*, p. 323 et suiv.

[2] Mittermaïer, *Droit privé allemand*, § 144.

[3] Bracton, *de Legibus Angliæ*, liv. IV. *de Assisiâ novæ disseysinæ*, Britton, chap. XLII-XLIV. — Littleton, §§ 59, 60, etc,

[4] Voy. l'*Ancien coutumier d'Artois*, Maillard, 1739 fol., chap. XXIV, p. 29. — Beaumanoir, chap. XXXII. — *Grand Coutumier de Charles VI*, liv. II, chap. XXVII, XXIX. — Desmares, *Décision*, 189, et *Coutumes notoires*, art. 124. — Brodeau, sur l'art. 82 *de la Coutume de Paris*. — Klimrath, *Revue de législation*, t. II, p. 356. — Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, p. 149 et suiv., 374 et suiv.—Bouteiller, *Somme rurale*, tit. LXXII. « Des seigneurs qui veulent avoir les droits seigneuriaux des héritages vendus et non *vuerpuis* » et les exemples qu'il cite. Ed. 1611, p. 425 à 427, *ubi vide*, annotations de Charondas.

d'alleux, et la présomption était toute contraire. Elle se formulait ainsi : Nulle terre sans seigneur.

Ecoutez Beaumanoir[1] : « Quand le sire voit aucun de ses su-« jets tenir en heritage, duquel il ne paye ni cens, ni rente, ni « redevance, le sire y peut jeter les mains, et le tenir comme « sien propre... Si donc le sire s'apperçoit que tels *aleux* sont « tenus dans son comté, il les peut prendre comme siens, et « n'en est tenu à rendre ni à répondre à nul de ses sujets, parce « qu'il est seigneur par droit propre, de tout ce qu'il trouve te-« nant cette manière d'alleux, etc. »

Il n'y avait donc plus de classe libre intermédiaire, d'une part, entre ceux qui appartenaient à la hiérarchie féodale, et d'autre part, ceux sur lesquels cette hiérarchie pesait de tout son poids. Tous les possesseurs qui n'y tenaient pas fief étaient *vilains*.

Cela dura jusqu'à l'émancipation des communes.

74. Au-dessous des *vilains*, *hommes de poëste*, *hommes coutumiers*, etc., qui avaient si bien profité des apparences de liberté de leur condition originaire, se trouvaient les esclaves proprement dits, les *serfs*, qui formaient une notable partie de la population agricole agglomérée autour du château ou répandue dans les censives, dans les bourgs, dans les fiefs, dans les domaines du seigneur. On les appelait aussi *hommes de corps*, et plus tard, *mainmortables*, *mortaillables*, etc. Les jurisconsultes anglo-normands leur conservent le mot générique de *vilains*[2].

La condition des serfs, sans être aussi dure que celle des esclaves des Romains, était encore pleine des rigueurs que leur avait léguées une époque de barbarie. Ils étaient privés de tout droit de propriété ; tout ce qu'ils acquéraient appartenait au seigneur ; ils n'avaient pas même le droit d'user comme ils l'entendaient des épargnes qu'ils pouvaient faire sur les dons que leur faisait le seigneur : tous leurs effets appartenaient de droit à ce dernier et pendant leur vie et après leur mort. Non-seulement ils étaient *attachés à la glèbe*, en ce sens qu'ils étaient transmis avec la terre sur laquelle ils étaient établis, mais encore le seigneur pouvait les vendre ou les donner à un étranger, indé-

[1] Chap. XXIV, § 5.

[2] Ce qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on lit Bracton, liv. I, fol 7; Britton, chap. LXVI; Regiam Majestatem, liv. II, chap. XI-XII. — Voir HOUARD, *Anciennes lois des Français*, sur Littleton, sect. 172, t. I, p. 252.

pendamment de la terre. Tous les enfants des esclaves suivaient la condition de leur mère ; si celle-ci était mariée, ils subissaient la loi du seigneur auquel le père appartenait. Que s'ils cherchaient à s'échapper, leur maître avait le droit de les rechercher et de les poursuivre en tous lieux. Les *Assises de Jérusalem*[1] obligeaient même le propriétaire sur les terres duquel un esclave d'autrui serait venu se réfugier et se marier, d'en donner un autre de bonne nature à la place. Quand aux services que l'on exigeait d'eux, ils ne peuvent s'énumérer, puisqu'ils dépendaient entièrement du caprice des maîtres ; tous les services réputés *ignobles* de leur nature leur étaient exclusivement réservés. Ils n'avaient droit, du reste, à aucune forme de juridiction, à aucune protection de la part de l'autorité publique.

Beaumanoir fait valoir la grande *débonnaireté* de la *Coutume du Beauvoisis* qui avait admis quelques adoucissements à ce qui se passait, dit-il en tout autre pays, « où les sers sont si soujet « à lor seigneur, que lor sires pot penre quanqu'ils ont, à mort « et à vie, et lor cors tenir en prison toutes les fois qu'il lor plet, « soit à tort, soit à droit, qu'il n'en est tenu à répondre fors à « Dieu[2]. »

C'était là le droit commun de ce temps. Que si, du reste, on veut une monographie consciencieuse et complète de l'état des serfs au moyen âge, il faut lire et méditer ce que M. Guérard en a dit dans ses *Prolégomènes au Polyptyque d'Irminon*, §§ 144 et suiv., t. I, p. 278 à 343.

75. Britton, qui, en 1272, écrivait sur les lois anglo-normandes, dit que *serfs ne sont pas plus libres que bêtes en parc, oiseaux en cage et poissons en réserve, pour en user et méfaire tout de même.* Il n'y a point de commentaire à faire sur de pareilles expressions. Dans ce même auteur, on voit que les serfs ne pouvaient pas même se racheter à prix d'argent, parce que tout l'argent et tout le mobilier qu'ils pouvaient épargner n'étaient pas à eux.

La classe des serfs était nombreuse ; j'emprunte au même Beaumanoir, mais sans conserver ses expressions, l'énumération de ceux qui y étaient compris : « Les uns étaient prison- « niers de guerre, les autres s'étaient constitués en servitude

[1] Chap, CCIII-CCIV.

[2] Chap. XLV, n. 31 et 36, t. II, p. 233 et 237. Éd. Beugnot.

« pour la rançon de leurs proches, les autres se sont vendus « soit par pauvreté, soit par convoitise d'avoir, les autres ont « été mis en servitude par ordre du roi pour n'avoir pas mar- « ché avec lui contre les ennemis étrangers, quand ils pouvaient « cependant porter les armes, les autres ont été déclarés esclaves « pour s'être enfuis de batailles ; aucuns sont venus en servitude « qui se sont donnés corps et biens à la Sainte Eglise par dévo- « tion depuis que la foi chrétienne commença à venir, et les « autres enfin parce qu'ils n'ont pu se défendre contre les sei- « gneurs qui à tort et par force les ont réduits en esclavage [1]. »

Beaumanoir termine cette énumération par une vive exhortation aux seigneurs « à mettre leurs serfs *en franchise*, car, » dit-il, « c'est un grand mal quand chrétien est de serve condi- « tion. »

76. Ce vœu pour l'affranchissement des serfs fut faiblement réalisé, car il n'était pas du tout dans l'esprit de la féodalité : les serfs étaient tellement considérés comme faisant partie de la terre, que les affranchir c'était *appetisser*, *amoindrir le fief*, et par conséquent aucun *savasseur* ne le pouvait sans avoir obtenu au préalable le consentement successif de tous les seigneurs desquels il relevait, jusqu'au suzerain, sous peine de perdre son fief. Sans cela, le serf ne faisait que changer de maître; à peine affranchi par le seigneur inférieur, il était confisqué par le seigneur dominant. Une procédure aussi longue et aussi embarrassée que celle qui était nécessaire à tous ces consentements successifs ne pouvait manquer de décourager la pratique des affranchissements [2].

Pour être complétement efficace, il fallait que cette mesure émanât du suzerain, chef seigneur; et l'on commença effectivement à voir plusieurs exemples d'affranchissements particuliers à la fin du onzième et au commencement du douzième siècles. Ils se multiplièrent beaucoup depuis. Voyez, entre autres, l'*Ordonnance de Louis le Jeune*, de 1180, et divers actes de Philippe-Auguste. C'est peut-être dans le treizième siècle que les lettres d'affranchissement furent le plus nombreuses. Mais l'ordon-

[1] *Suprà*, n. 32, p. 234.

[2] Voir *Etablissements de saint Louis*, liv. II, chap. XXXIV. — Beaumanoir, chap. XLV, n. 25 et 26. — De Laurière, note p. 283, t. I, *Ordonnances du Louvre*.

nance la plus célèbre sous ce rapport est celle de Louis le Hutin, portant que les serfs du domaine le roi seront affranchis, non pas gratuitement, mais sous bonnes et convenables conditions, c'est-à-dire moyennant finances. Il y émet le vœu que les autres seigneurs qui ont *hommes de corps* prennent exemple de lui *pour ramener aussi leurs serfs à franchise*[1]. Cette ordonnance n'eut cependant pas un grand effet; elle fut même si mal observée, que trois ans après (23 janvier 1318), Philippe le Long fut obligé de la renouveler; les conditions de finances qui y étaient exigées la rendirent toujours d'une exécution restreinte, puisque peu de serfs étaient assez riches pour se racheter, et qu'un grand nombre qui l'auraient pu, ne voulurent pas de la liberté à ce prix[2].

77. La plupart des seigneurs refusèrent entièrement de suivre l'exemple du roi sur ce point; le fameux connétable Bertrand Du Guesclin taxait l'affranchissement des serfs *d'innovation pernicieuse*, et telle était encore au milieu du quatorzième siècle l'opinion d'hommes influents[3].

On peut dire toutefois que le servage avait presque généralement cessé en France avant la fin du quinzième siècle; nous disons *presque généralement*, car la servitude de la glèbe ne fut complétement abolie en France qu'en 1789. Pasquier, dans ses *Recherches sur la France*, liv. IV, chap. v. Ed. in-fol., 1643, p. 363, alin. c et suiv., dit expressément que de son temps, c'est-à-dire au commencement du dix-septième siècle, il y avait encore plusieurs provinces, par exemple la Champagne, le Nivernais, où les serfs étaient mainmortables, taillables à volonté et attachés à la glèbe.

En 1651, le Parlement supplia le roi de faire affranchir tous les serfs, en les obligeant à payer une composition, mais cette demande n'eut point de suite. Brequigny, dans son introduction au douzième volume des *Ordonnances du Louvre*[4], dit que dans toute la Franche-Comté, les paysans étaient encore, au milieu du siècle dernier, serfs, attachés au sol, ne pouvant l'a-

[1] 5 juillet 1315, *Ordonnances des rois*. Éd. du Louvre, t. I, p. 583.
[2] *Olim*, t. II, p. 861, note 18.
[3] Robertson, *Introd. Charles V*, note 20, p. 101.
[4] P. 22, note *m*.

bandonner sans congé du seigneur, et quelquefois même ce dernier leur succédait à l'exclusion des parents[1].

Il en était de même sous les coutumes de Meaux, de Chaumont, de Troies, de Bourgogne, de Vitry, de Nivernais, de la Marche et ailleurs. Les paysans du mont Jura et de l'abbaye de Saint-Claude restèrent serfs jusqu'à la révolution[2].

78. Mais revenons au moyen âge[3].

Une classe particulière de serfs, c'étaient les étrangers ou *aubains* (alibi nati), « hommes nés dans un autre Etat et qui étaient venus s'établir dans quelque seigneurie. » Le seigneur avait le droit de se saisir de leur personne et de les réduire à la condition du servage[4]. Il en était de même de tout homme

[1] Cf. Argou, *Institut.*, liv. I, chap. 1.

[2] Hallam, *Hist. du moyen âge*, t. I, p. 215.

[3] Charondas, *Pandectes*, éd. in-fol., t. II, p. 174 : « Du tems du Roy « St Louis, encores depuis, et même à présent (1598) en plusieurs pro- « vinces, y a des hommes de *serve* condition qui sont en diverses espèces « de servitudes, à savoir aucuns *des biens*, à cause de la nature des terres « qu'ils détiennent, les autres à cause de leurs personnes et *de corps*; les » premiers sont appelés taillables, *mortaillables*, etc.; les autres de main- « morte, *mainmortables*, etc. » Leurs charges sont grandes et dures surtout en Bourgogne, Champagne, Berry et Auvergne. Les principales sont : 1° la *taille* à volonté; cependant en quelques endroits ils s'étaient *abonnés* pour une taille fixée à une certaine somme; de plus, l'usage s'établit que la taille ne pouvait dépasser la coutume, et le grand Coutumier fixe ce maximum au *quint* des meubles, confirmé par arrêt du Parlement du 16 janvier 1574, qui dit que le seigneur ne les peut tailler au delà de la coutume usitée. 2° *Corvées d'usage* : les feront de leurs bras et chevaux, gratis et se pourriront à leurs frais; arrêt du Parlement de Paris, audience solennelle du 23 décembre 1570; 3° Droit de *formariage*... 4° Droit de *suite* ou de poursuite des serfs et de leurs biens pour les forcer à revenir sur leur terre et à y faire *feu vif*. Mais modifié par le privilége « que si le serf restait *un an à Paris*, il était affranchi et devenait bourgeois du roi. Cf. arrêt du Parlement. mars 1545. — Bien plus le 1er juin 1571, le Parlement reconnut que le roi pouvait affranchir les serfs par tout son royaume, même au préjudice du seigneur direct; Cf. arrêt du 23 mai 1573, « car le roi est souverain seigneur de ses sujets et peut disposer « de leurs conditions et qualités;.... pourvu qu'il y ait suffisante *indem-* « *nité* envers le seigneur direct. » Or, cette indemnité avait été estimée par lettres patentes de Charles VI de 1402 au *tiers* des biens de l'homme de mainmorte ou de servile condition.

[4] Voir *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. XCVI, et le chapitre XCIV de l'*Ancienne Coutume d'Anjou*, qui les appellent hommes *estranges* ou *méconnus*.

qui quittait le diocèse où il était né pour aller s'établir dans un autre[1].

Cet usage fut, dès le treizième siècle, modifié : on permit aux étrangers de s'affranchir de la *servitude de corps*, en reconnaissant le seigneur du lieu où ils demeuraient, dans l'*an et jour;* ou, comme on le disait, en s'*avouant de lui;* dès lors, sous cette *avouerie* ou protection ils vivaient libres. A leur mort, s'ils ne laissaient pas d'enfants, leurs biens appartenaient au seigneur. Dans les domaines du roi, aucun vassal ne pouvait recevoir l'aveu d'un aubain ou étranger; il était reconnu qu'il ne *pouvait faire autre seigneur que le roi.* D'où il suit que le droit d'aubaine ou de confiscation sur sa succession (à défaut d'enfants) était alors exclusivement dévolu au roi. On lit dans le chapitre XXXI des *Etablissements de saint Louis :* « Si aucun au« bain meurt sans hoir ou sans lignage, le roi est hoir, ou le « sire sous qui il meurt ; mais aubain ne peut faire autre sei« gneur que le roi en son obéissance » (c'est-à-dire dans les pays qui sont en l'obéissance du roi).

D'où l'adage : *l'aubain vit libre et meurt serf*[2].

80. Les *bâtards* étaient dans la même position que les aubains : ils étaient comme eux réputés serfs. Le même adoucissement eut lieu à leur égard ; c'est-à-dire qu'on les laissa libres pendant leur vie et qu'après leur mort, à défaut d'enfants, leur succession appartenait au seigneur. Ainsi il faut classer les *bâtards,* c'est-à-dire les étrangers, dans la classe de ceux qui, du dixième au douzième siècle, temps de la période absolue de la féodalité, étaient dans une espèce de servitude envers les seigneurs.

Au quatorzième siècle un autre droit prévalut : le droit de confiscation sur la succession de l'aubain ; ainsi le droit de confiscation sur la succession du bâtard fut exclusivement revendiqué par le roi, même en dehors de ses domaines, et par toute la France. Alors le droit d'*aubaine* et le droit de *bâtardise* furent déclarés *régaliens* [3]. Et ils sont demeurés tels jusqu'en 1789.

[1] Préface de Laurière au tome Ier des *Ordonnances du Louvre,* p. 15.

[2] Laurière, *suprà,* p. 17.

[3] Voir *Ordonnances de* 1315, 1321, 1326. — Le *Grand Coutumier de Charles VI,* liv. I, chap. III. — Boutéiller, *Somme rurale,* liv. I, tit. XCV.

81. En dehors du château féodal et du village féodal se trouvaient encore, dans les domaines de certains seigneurs, des *villes*, des *cités*. Que plusieurs de ces villes fussent, comme les villages, sous l'omnipotence du seigneur, et que leurs habitants fussent *hommes de poëste*, comme les vilains proprement dits, c'est ce qui est hors de doute ; et aussi ce n'est point cette classe-là des habitants des villes que j'ai en vue.

Je me borne seulement à signaler ici que dans plusieurs villes de leurs domaines, dans plusieurs cités nouvelles, les seigneurs furent conduits par leur propre intérêt à accorder quelques droits, quelques libertés aux vilains qui étaient venus s'y fixer; enfin dans plusieurs anciennes villes d'origine romaine, les institutions municipales des Romains avaient persévéré, et entretenaient dans toute une classe des habitants aisés une force d'émancipation et d'indépendance qui ne demandait qu'une occasion ou prétexte pour se traduire en prétention de droits et pour se répandre au dehors. Ces deux causes créèrent dans les villes une catégorie nouvelle d'habitants toute en dehors du système féodal, toute hostile à la féodalité, et dont nous reverrons dans la troisième partie l'influence sur la société civile du moyen âge, quand nous parlerons de l'affranchissement des communes.

82. Nous nous occuperons spécialement du pouvoir ecclésiastique dans la partie suivante ; mais nous devons dire ici quelques mots sur la position que les églises, les abbayes occupaient soit dans les cités, soit à côté du château féodal.

Nous avons déjà, dans la période qui précède, fait ressortir l'immense accroissement qu'avaient pris au dixième siècle les domaines ecclésiastiques, par suite des donations sans nombre qui avaient été faites à l'Eglise par les particuliers, par les seigneurs et surtout par les princes ; nous avons en particulier fait remarquer les insignes *priviléges* dont Charlemagne et ses successeurs avaient comblé les clercs, les églises et les monastères. La politique des Carlovingiens fit même de ces priviléges la condition commune des évêchés et des abbayes.

Il résulta de toutes ces *immunités ecclésiastiques* une complète indépendance des évêques dans les affaires intérieures de leur diocèse, des abbés dans la circonscription de leur monastère. Ce privilége d'immunité et d'indépendance ne resta pas borné à de

simples domaines : il s'étendit sur des villes entières ; il y en eut (celles de Saint-Omer, de Munster, de Saint-Gall, de Tours, par exemple) où tous les droits du fisc, c'est-à-dire de l'État, furent supprimés, et où l'évêque ou l'abbé furent investis d'un pouvoir sans contrôle et sans contre-poids dans le gouvernement de la cité.

Lors de l'établissement du régime féodal, la conséquence nécessaire de cet état de choses fut que dans la plupart des villes formées autour des églises et des abbayes, la puissance épiscopale ou abbatiale acquit tous les droits, prétendit à tous les priviléges du patronage seigneurial. Partout où les évêques et les abbés furent assez forts pour soutenir ces prétentions contre les seigneurs laïques, ils obtinrent donc dans leurs villes la même position que ces seigneurs dans leurs fiefs ; comme eux, ils réunirent en leur personne tous les droits de la féodalité, comme eux ils furent maîtres des affaires publiques, juges, chefs militaires dans leurs domaines ; ils devinrent, en un mot, souverains de la cité, à titre de *grands feudataires*[1].

83. Cette révolution transforma toute l'organisation des villes où elle eut lieu ; les magistrats électifs de l'ancienne constitution furent changés en vassaux de l'évêque, et les charges municipales devinrent des fiefs de l'Eglise. On vit alors dans plusieurs de ces villes un curieux spectacle : d'une part, le château du seigneur féodal laïque qui, dans une partie de l'enceinte, prétendait à des droits, à une juridiction ; d'autre part, l'évêque ou l'abbé qui, dans une autre partie de cette même enceinte, cantonnait une autre suzeraineté, d'autres droits, une autre juridiction, ayant ses vassaux, ses pairs, ses échevins, toute une série d'offices municipaux dérivant des institutions féodales. Et de là, dans la même ville, on voyait les mêmes luttes, les mêmes prétentions entre les dignitaires de l'Eglise et le seigneur du château qu'entre les seigneurs de fiefs laïques occupant des villes voisines. Dans plusieurs cités, le résultat de ces luttes fut que les seigneurs laïques eurent le dessous ; pour obtenir la conservation de leurs droits, ils s'y virent dans la nécessité de faire hommage à l'évêque, dont ils se reconnaissaient le *vassal*, le *lieutenant*, le *vidame*, jusqu'à ce que, se croyant les plus

[1] Laboulaye, *Hist. de la propriété foncière*, t. I, p. 333.

forts, ils cherchassent à secouer cette suzeraineté et recommençassent la guerre pour leur compte. Pendant près de deux siècles, l'histoire de Genève n'est que l'histoire de querelles semblables entre le comte et l'évêque ; et il en fut de même dans plus de cent autres villes.

En résumé, aux onzième et douzième siècles, la métamorphose des dignitaires de l'Église en barons et en vassaux, leur intrusion directe dans le système féodal furent complètes ; un grand nombre de villes, surtout en Allemagne, en Italie, dans le nord et au centre de la France, nous présentent les évêques et les abbés comme exerçant, en leur qualité de feudataires, les mêmes droits que les suzerains laïques dans leurs fiefs, et menant à ce titre la vie mondaine des seigneurs féodaux de ce temps avec tous ses excès, tous ses combats, toutes ses ambitions[1].

CHAPITRE V.

SANCTIONS DU DROIT FÉODAL ET DE LA JURIDICTION EN PARTICULIER.

84. La sanction principale du droit féodal était la perte du fief soit au détriment du vassal, s'il manquait à la fidélité qu'il devait à son seigneur, soit au détriment du seigneur, si réciproquement il manquait à la protection qu'il lui devait.

Mais, dans tous les cas, c'était « la cour du seigneur composée de *pairs* de la partie en cause. » qui devait connaître de la cause prétendue de perte du fief et en juger.

Disons quelques mots des principaux motifs qui donnaient le plus généralement ouverture à cette action. Nous examinerons ensuite la juridiction et la forme de procéder, en d'autres termes les institutions judiciaires qui devaient en assurer l'effet.

85. — A. Le *vassal* perdait son fief : 1° par faute d'*hommage*, un an après l'acquisition du fief par succession ou autrement. — 2° Par le *désaveu*, c'est-à-dire lorsque le vassal niait faussement et frauduleusement qu'il tînt le fonds de son seigneur, et

[1] Thierry, *Temps mérovingiens. Considérations préliminaires*, t. I, p. 247 et suiv.; 258 et suiv.

désavouait ainsi la foi et l'hommage qu'il lui avait prêtés. — 3° Par *défaut de services*, c'est-à-dire quand il refusait de suivre son seigneur à la guerre, d'y envoyer le nombre d'hommes que son fief devait, ou d'accomplir autre service auquel sa tenure féodale l'obligeait spécialement.— 4° Lorsqu'il *diminuait*, *abrégeait*, *démembrait* le fief, de quelque manière que ce fût, soit en le vendant par parties ou comme un bien libre et franc, soit en affranchissant les serfs attachés à la glèbe, etc...—5° Lorsqu'il mettait la main sur son seigneur, et à plus forte raison lorsqu'il attentait à la vie de son seigneur, ou à son honneur, ou à l'honneur de sa femme, de ses enfants.— 6° S'il manquait à l'absolue fidélité qu'il lui devait, soit en souffrant qu'on lui fît tort, soit en refusant de témoigner pour lui, soit en contractant alliance avec ses ennemis, soit en négligeant de le défendre même au péril de ses jours. — 7° De plus, si le fief était saisi et vendu judiciairement soit pour rançon du seigneur, soit pour les dettes du vassal. — 8° Enfin le vassal pouvait perdre son fief par sa propre volonté, en renonçant à sa foi et en dénonçant son abandon à son seigneur.

Dans tous ces cas il y avait lieu à *commise* du fief, le vassal *commettait* son fief, c'est-à-dire que le seigneur avait droit de le reprendre, de le faire confisquer, pour le réunir à son domaine ou pour le donner à d'autres.

86. De même, *à l'égard du seigneur*, il y avait perte du fief quand il *méfaisait*, quand il manquait à la foi, à la protection qu'il devait à son vassal, et quand il lui refusait justice en sa cour, enfin quand il se rendait coupable envers lui des mêmes délits qui de sa part auraient entraîné la *commise du fief*, sauf toutefois ce qui concernait les devoirs particuliers, les services spéciaux que le vassal lui devait et qui n'avaient évidemment pas leur correspectif dans les obligations du seigneur. Dans tous ces cas, le jugement qui intervenait avait pour objet de dépouiller le seigneur de son fief, qui passait *omisso medio* au seigneur supérieur dans la hiérarchie féodale, et ainsi de degré en degré jusqu'au comte, au duc, ou au roi comme seigneur suzerain.

Félonie.

87. On désignait sous le titre générique de *félonie* (dans le droit lombard, *culpa*) tous les actes desquels résultait pour le seigneur la perte de son droit, et pour le vassal la perte de son fief. A l'égard du vassal, ce délit se divisait suivant les feudistes en *félonie proprement dite* et en *quasi-félonie :* la première comprenait tous les faits qui portaient atteinte aux droits du seigneur ; la seconde résultait de faits qui rendaient le vassal indigne de tenir un fief, mais qui étaient étrangers au seigneur. La félonie du vassal est souvent appelée, dans les anciennes lois féodales, *foi mentie*, comme étant une infraction aux promesses de fidélité, de respect, de dévouement, de services qu'il avait solennellement faites lors de son hommage, *violatio fidelitatis vel reverentiæ specialis vassalaticæ*[1].

Les principes que nous venons de rappeler formaient le droit commun de l'Europe. Mais cette privation du fief était-elle *absolue?* La législation lombarde avait préjugé qu'elle devait être telle, car en prononçant la perte du fief sans modification contre tout vassal qui avait refusé *debita servitia*, elle avait laissé la plus grande latitude pour ordonner la *commise*, même pour les infractions les plus légères à la foi jurée[2].

Toutefois une jurisprudence plus modérée ne tarda pas à s'établir.

Les lois espagnoles du treizième siècle, connues sous le nom de *Siete Partidas* et dues à Alphonse V[3], admirent que la confiscation pour félonie du vassal pourrait être limitée à sa vie, et que tout au moins ses *agnats* pourront après sa mort redemander au seigneur d'être remis dans la possession du fief, à titre de succession. Même disposition dans le *Jus feudale Alemanicum*, chap. LXXXIX, paragraphe dernier[4].

Ailleurs on distingua, suivant la gravité des méfaits, les cas de *trahison* et de *haute félonie* auxquels la perte absolue du fief

[1] Boëhmer, n. 351.

[2] Voir *Consuet. feud.*, liv. I, tit. XXI ; liv. II, tit. XIV, §§ 7 et 8 ; tit. XXVI, § 17 ; tit. LV, § 1.

[3] IV^e^ part., tit. XXV et suiv.

[4] Cf. Ducange, v° *Felonia*.

continua à être appliquée, des cas de simple *foi mentie* qui ne s'opposaient pas à ce que les héritiers du délinquant ne reprissent *jure successionis* le fief confisqué à leur auteur. Les *Assises de Jérusalem*[1] admettent dans ce sens l'énumération suivante : 1° Cas de privation absolue du fief sans réserve pour les héritiers ; 2° cas de privation pendant la vie du délinquant, avec retour à ses héritiers ; 3° cas de privation temporaire du fief pendant l'an et jour. Ce n'était donc que pour la première catégorie, renfermant la félonie proprement dite et la trahison, que la rigueur du droit lombard était conservée, et que le fief était confisqué pour toujours au profit du seigneur.

Je rappellerai les propres expressions de Jean d'Ibelin[2] : « Voici les choses, dit-il, pour lesquelles il me souvient que le « vassal doit, par l'assise de Jérusalem, être deshérité lui et ses « hoirs : s'il est hérétique, s'il renie la foi due à son seigneur, « s'il met la main sur la personne de son seigneur, s'il vient en « armes à la guerre ou au champ clos contre son seigneur, s'il « rend sans congé de son seigneur cité, châteaux ou forteresses « à son ennemi, s'il trahit son seigneur et le livre à ses ennemis. « s'il pourchasse la mort ou le deshéritement de son seigneur, « s'il vend le fief contre la Loi et l'Assise, s'il est appelé au com- « bat judiciaire comme accusé de trahison et que sur cette ac- « cusation il défaille de venir se défendre en la cour de son sei- « gneur ou qu'il soit vaincu en champ clos[3]. »

88. — B. Voyons maintenant qui prononçait la commise du fief, comment l'on jugeait de la félonie soit du seigneur, soit du vassal, et généralement quelles étaient les *institutions judiciaires de la féodalité*.

1. — *Garantie du jugement par pairs.*

89. Le principe rigoureux de la juridiction féodale était que nul ne pouvait perdre ses droits que par jugement, et que nul ne pouvait être jugé que par ses *pairs*. En conséquence, il s'établit : 1° que le seigneur devait réunir en *cour* ses vassaux pour chaque contestation d'un *vassal*, afin d'en connaître ;

[1] Chap. CLXXX, CXC à CXCII.

[2] Chap. CXC (Éd. Beugnot), p. 303.

[3] Voir aussi *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. XLVIII à LI.

2° qu'un vassal ne pouvait refuser d'assister à cette cour pour juger un de ses pairs.

L'organisation judiciaire féodale reposait donc toute entière, non sur le caprice, sur l'arbitraire, sur la volonté des seigneurs, mais sur la volonté libre et collective d'hommes de même position, de même rang que la partie en cause, réunis pour se garantir réciproquement leurs droits. La *cour des pairs*, telle était la seule autorité judiciaire compétente, tel était le seul tribunal aux décisions duquel les vassaux dussent se conformer.

Nulle part cette *garantie* que les pairs se devaient les uns aux autres, nulle part l'obligation du seigneur à ne l'enfreindre en rien ne sont mieux indiquées que dans les *Assises de Jérusalem*, chap. CCVIII : « Si aucun seigneur prend ou fait prendre un de « ses hommes, si ce n'est par la connaissance et le jugement de « la cour de la seigneurie dont il relève, il méprend de sa foi « envers lui, et ses autres hommes ne le doivent souffrir; ains « tous ceux qui le sauront doivent venir devant le seigneur et « dire à lui : Sire on nous a dit que vous avez fait prendre et « arrêter sans esgard ou sans connaissance de cause notre *per* « *tel*. Si vous requérons.... que vous maintenant le faites déli- « vrer et le faites venir en la cour : car vous ne pouvez par « l'assise et l'usage mettre ou faire mettre la main sur lui, si ce « n'est par esgard ou connaissance de cour, ni le tenir pris ou « arrêté tant qu'il demande à ce qu'il lui soit fait droit en votre « *cour par ses pairs*, parce que sa foi et son fief le garantissent. » Si, sur cette sommation, le seigneur ne pouvait justifier qu'il eût arrêté et emprisonné son homme par une décision de ses pairs réunis en cour, les pairs le délivreront, le maintiendront envers et contre tous. « Et celui qui aura été ainsi arrêté sera « quitte toute sa vie de la foi et du service qu'il lui devait et « aura son fief *sans service;* tandis que le seigneur restera tenu « à sa foi et à sa protection vis à vis de lui. » Parce que, par cet acte, le seigneur a *menti à sa foi* envers son homme et perd ses droits, tandis que l'homme n'a pas menti à sa foi envers lui et doit garder les siens [1].

90. Que si le seigneur résistait à la remontrance de ses vassaux et persistait à maintenir celui qu'il avait arrêté dans sa dépen-

[1] Cf. *Clef des Assises*, 265, Ed. Beugnot, p. 598.

dance, ou exécuté sur son bien, sans connaissance ou permission de la cour, composée de ses pairs, alors tous ses covassaux avaient le droit de venir le *gager*, c'est-à-dire lui déclarer que puisqu'il ne voulait pas faire justice à l'un d'entre eux en le citant devant ses pairs, tous ils l'abandonnaient et ne se croyaient plus obligés à rien vis-à-vis de lui, ni à fidélité, ni à services militaires, ni à services de cour. C'est le chapitre CCI de l'*Assise de Jérusalem* : « Et si le seigneur le défend contre eux « par les armes ou par la force, ils lui doivent dire : Puisque « vous nous défendez à force de délivrer notre *per* qui est pris « et emprisonné sans esgart et connaissance de court, nous vous « *gageons* tous ensemble et chacun pour soi, du service que nous « vous devons, jusqu'à ce que vous ayez délivré notre *per*, ou « que vous ne dites telle raison dont la cour esgarde et con- « naisse[1]. » — « Si le seigneur » (dit Philippe de Navarre, au chapitre LII, *de ce par quoi les hommes liges sont tenus l'un à l'autre*) « refuse justice à l'un d'eux en sa cour, les pairs doivent « lui dire qu'ils ne feront *plus rien pour lui* tant qu'il ait ce fait. » Jacques d'Ybelin[2] complète dans son livre toutes ces notions sur les droits de juridiction des covassaux, comme pairs les uns des autres (n. 13) : « Tous les hommes liges, selon l'assise, sont « pers et tenus l'un à l'autre espéciaument en propre cas, ce est « à savoir de garder, de sauver et d'entre-aider l'un l'autre, si le « seigneur les veut mener de leur corps ou de leur fief, ou de « leur tenure, autrement que par leur *jugement*.... qui n'est « valable que de pairs, siégeant en *cour* quand le seigneur y « est[3]. »

91. Ce privilége du jugement par *pairs* était général, c'est-à-dire applicable à tous les ordres de vassaux. Ainsi, de même que les vavasseurs d'un baron pouvaient réclamer de lui que toute cause intéressant leurs relations féodales, soit entre eux, soit vis-à-vis de lui, fussent jugées par une cour compétente de vavasseurs du même ordre qu'eux, de même aussi, « le baron, dans ses contestations féodales vis-à-vis de son suzerain, devait être jugé par une cour compétente de barons comme lui. » Et ainsi successivement jusqu'aux comtes ou seigneurs tenant di-

[1] Beugnot, p. 323.
[2] Éd. Beugnot, p. 357 et 358.
[3] Cf. n. 11 et suiv.

rectement du roi ou autre souverain, lesquels ne pouvaient également être jugés que par leurs *pairs*, comtes ou hauts barons formant la cour de ce roi ou autre souverain, dans toutes les contestations qui s'élevaient sur leurs relations féodales vis-à-vis de lui.

92. Ce principe du jugement par les *pairs* était un principe tellement essentiel de l'organisation judiciaire de ce temps, qu'on le voit appliqué non-seulement devant les cours féodales, mais aussi devant les autres cours et juridictions non féodales. Ainsi, dès que les communes furent établies, les bourgeois furent jugés par des bourgeois de la même cité. Par exemple, la charte de la commune de Laon, de l'an 1128, instituait une juridiction criminelle composée du maire et de *jurati*, c'est-à-dire de jurés bourgeois ; il en est de même dans les lettres de rétablissement de la commune de Noyon, de l'an 1181. On trouve encore des preuves de cette juridiction des bourgeois dans quelques *coutumes*, par exemple, dans celle de Bayonne, dans celle de Saint-Sever, dans celle de Bourges, etc.; cette dernière porte, art. 24 : « Le jugement en la terre li roi se font à « Bourges par les bourgeois, tant en cas civil comme en cas cri- « minel. » Bien plus, les hommes de poëste étaient aussi jugés par des hommes de poëste de même catégorie ; les tenants en *censive* étaient jugés par les hommes de cens pairs des parties ; les tenants en *cotterie* étaient jugés par des hommes cottiers comme eux[1], etc. En aucun cas ils ne ressortaient à la juridiction féodale [2].

Nous venons de dire qui étaient les pairs composant la cour qui seule avait droit de juridiction, en matière féodale. On peut les définir, en résumé, « hommes liges de la même condition que le vassal en cause, réunis, convoqués en cour de justice, et présidés par le seigneur duquel ce vassal relevait directement.

2. — *Composition de la cour.*

93. Mais, pour pouvoir juger régulièrement, il fallait que la cour fût, comme le disent les auteurs du temps, *suffisamment*

[1] Cf. Bouteiller, p. 13.

[2] C'est ce que prouve Brussel, *Usage des fiefs*, t. I, p. 334; Cf. Faustin Hélie, *Théorie de la procédure criminelle*, t. I, p. 342.

garnie de pairs. Quel était ce nombre suffisant? Les coutumes variaient beaucoup à cet égard. Beaumanoir, sur la *Coutume de Beauvoisis*[1], dit : « Le seigneur, pour rendre jugement, doit « prendre *deux* hommes, ou *trois*, ou *quatre*, selon que le be- « soin est grand de chacune partie », etc. Pierre de Fontaines[2] porte ce minimum à *quatre*[3]. La *Clef des Assises de Jérusalem*, qui résumait le droit des Francs de Jérusalem, disait : « Partout là où est le seigneur et *trois* de ses hommes ou plus, « si sont *cour*. » Mais elles exigent pour la *cour des bourgeois* la présence de douze jurés[4]. Et c'est le nombre de *trois* comme minimum que fixent les *Etablissements de saint Louis*[5]. Mais il n'y avait aucune limite en maximum. On parle même de causes importantes où les pairs qui jugeaient n'étaient pas moins de trois cents.

94. Lors de l'extrême morcellement que les sous-inféodations introduisirent dans les fiefs, il se trouva que des seigneurs qualifiés n'avaient pas le nombre nécessaire de vassaux pour former une cour; dans ce cas, les auteurs nous disent qu'ils s'adressaient à leur suzerain immédiat, c'est-à-dire au seigneur supérieur, qui procédait alors suivant l'un ou l'autre de ces modes : ou en envoyant à son vassal un nombre suffisant de pairs pour garnir sa cour, ou en jugeant lui-même dans sa cour, mais avec des vassaux du rang de la partie en cause, ce qui aurait dû être jugé dans la cour du premier seigneur[6].

Mais ces expédients n'étaient probablement pas en usage dans les siècles précédents ; ils appartiennent à une époque où les hauts barons avaient déjà usurpé en grande partie la juridiction des seigneurs inférieurs[7].

95. Aucune règle n'était, du reste, fixée au seigneur dans le

[1] Chap. LXV, t. II, p. 446, n. 13.

[2] Chap. XXI, art. 36.

[3] Art. 29 de l'édition Marnier, p. 255.

[4] Chap. VIII et XII.

[5] Liv. I, chap. LXXI. (Ed. Isambert, p. 449.)

[6] Voir Montesquieu, liv. XXVIII, chap. XXVII. — Hallam, l'*Europe au moyen âge*, t. I, p. 277. — Meyer, *Institutions judiciaires*, t. II, p. 398 et 399; tous ces auteurs suivent en cela Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, chap. LXII, n. 11 et 12; t. II, p. 415 ; De Fontaines, chap. 21, art. 40, éd. Marnier, p. 262, qui écrivait, comme on sait, au milieu du treizième siècle.

[7] Voir Beugnot, sur le chapitre CLXIV des *Assises de Jérusalem*, p. 254.

choix des hommes qu'il appelait à sa cour, en sorte qu'il était libre de choisir les plus propres à décider le genre de contestation qui leur était soumis. Mais il avait là, il faut l'avouer, un puissant moyen de favoriser l'une des parties au détriment de l'autre, pour peu qu'il eût à l'affaire un intérêt personnel ou d'affection.

Le vassal désigné pour juger ne pouvait refuser, « car, dit « de Fontaines [1], ce n'est mie loyauté ni raison que li homme « de la cour dient qu'ils ne jugeront mie si tous les hommes « ne sont au juger. » D'ailleurs, comme nous le reverrons ailleurs, le pair étant exposé à défendre son jugement les armes à la main, c'eût été un acte de félonie et de lâcheté que de refuser de juger ou de combattre, comme son service et son devoir féodal l'exigeaient. « Car comme il n'est nul qui osât dire que « si le sire est entreprins en une bataille, ses hommes ne l'y « dussent aider, tous aussi sont tenus de garder sa droiture en « sa court [2]. »

96. S'il s'élevait une dispute entre les vassaux de deux seigneurs, ou entre un seigneur et le vassal d'un autre, c'était la *cour du suzerain* auquel ressortissaient les deux seigneurs qui connaissait du différend, comme s'il eût eu lieu entre les seigneurs mêmes, et, de fait, ce différend leur devenait bien personnel ; car, pour les obligations de protection qu'ils avaient contractées vis-à-vis de leur vassal, ils étaient obligés de le défendre en cour, et de prendre fait et cause pour lui. Telle était, en effet, la liaison qui, dans les idées féodales, existait entre le seigneur et le vassal, que du moment qu'il s'agissait d'intérêts avec tout autre, leur cause s'identifiait, et qu'il n'y avait point d'autre manière de procéder que si le seigneur avait été seul en cause [3].

3. — *Où siégeait la cour, et quand.*

97. Dans les temps dont nous parlons, il est aisé de comprendre que les cours seigneuriales ne pouvaient être ni permanentes, ni sédentaires, puisque, d'une part, le droit de les

[1] Éd. Marnier, ch. XXI, n. 30, p. 257.
[2] De Fontaines, *eodem*.
[3] Meyer, p. 404.

convoquer étant personnel au seigneur, la Cour se formait partout où ce dernier se transportait, et que, d'autre part, devant se composer de pairs des parties, elle devait se former ou pouvoir être changée presque sur chaque plainte. La qualité des parties fixait donc le personnel des juges, et les circonstances ou la convenance des seigneurs fixait le lieu de leur réunion. Il ne pouvait pas en être autrement dans une société toujours agitée par les guerres étrangères ou privées, et où ceux qui devaient siéger comme magistrats avaient toujours les armes à la main; nonobstant, en toute occasion, en tous lieux, le seigneur pouvait être sommé de rendre la justice et de rassembler une cour, sous peine, s'il refusait, de voir son justiciable répudier sa foi ou recourir au suzerain. Dans cette prévision, les hauts barons et les rois ne quittaient jamais leur résidence sans emmener avec eux des prélats, des chevaliers versés dans la connaissance des lois, et qui pussent former une cour si, chemin faisant, quelque plaideur venait demander justice. L'histoire de France présente une foule d'exemples de ces tribunaux ambulants, jusqu'au temps (commencement du quatorzième siècle) où la cour du roi, qui devint le Parlement, reçut des attributions judiciaires exclusives et fut rendue sédentaire à Paris. Mais dès lors aussi cette cour perdit toute apparence d'institution féodale, comme nous le verrons dans la partie suivante [1].

4. — *Procédure.*

98. Nous avons vu comment la cour seigneuriale était formée, voyons comment elle procédait.

Claim ou *demande.*

Qu'il s'agît d'une poursuite criminelle ou civile, dans les deux cas on devait intenter régulièrement sa demande, *claim* (ou plainte, de *clamare*), qui se faisait verbalement, si la partie adverse était à l'audience; mais qui, dans le plus grand nombre des cas, se faisait par *semonce*, c'est-à-dire par une sommation ou ajournement. Cet ajournement était un acte très-important

[1] *Assises de Jérusalem*, chap. LVIII (Beugnot, p. 95).

de la procédure suivie devant les cours féodales, et qui donnait souvent lieu à des débats très-animés; le principe était « qu'il devait être fait par les *pairs* de celui que l'on voulait semondre ou ajourner. On lit, dans Beaumanoir[1] : « Li sires qui veut « semondre son gentilhomme qui tient de lui fief, il doit prendre « *deux de ses hommes qui soient pairs à celui qu'il veut semondre;* « et s'il n'a nul homme, il les doit emprunter à son seigneur, « et li sires est tenu à les prêter. » Pour les vilains, on n'y faisait pas tant de façons, ils étaient ajournés par un officier du seigneur, prévôt ou sergent[2]. Ces ajournements portaient commandement de venir au jour même *faire droit* en la cour à celui qui faisait le *claim* ou la plainte, ou à tel jour fixé pour comparaître[3]. S'il n'obéissait pas à la sommation, sans faire admettre d'excuse, on avait trouvé en matière civile une manière certaine d'éviter les défauts, c'était d'adjuger provisoirement au *demandeur* la chose réclamée, et de le mettre en saisine ou possession du fief contesté avec droit de faire les *fruits siens*, jusqu'au jugement au fond[4].

Conseils, avocats.

99. La cause introduite, commençait le rôle des *avant parlier* ou avocats. Dans les purs principes du droit féodal, conservé par les *Assises de Jérusalem*, chaque plaideur avait droit de demander à un de ses pairs de lui prêter l'appui de ses lumières pour diriger dans son intérêt la marche de la procédure, faire les requêtes nécessaires, agir enfin pour lui dans tous les cas où l'intervention d'un *conseil* était requise; le seigneur en faisait autant, il prenait aussi un conseil parmi les jurisconsultes de la cour, pour éclairer la religion des juges, pour démêler le droit au milieu des embûches que tendaient les parties. Un feudataire qui eût refusé cette mission, qui ne durait au reste que le temps que durait chaque affaire, soit de la part du seigneur, soit de la part d'un covassal en cause, soit de la part d'un accusé son vassal, eût été honteusement retranché de la hiérarchie féodale.

[1] *Cout. de Beauvoisis*, chap. II, p. 17.
[2] *Etabl.*, liv. I, chap. I.
[3] *Assises*, chap. XXX.
[4] *Assises*, Ed. Beugnot, p. 55.

Et l'on vit à Jérusalem les princes eux-mêmes quitter ainsi leur siége dans la Cour pour venir s'asseoir au rang des conseils ou avocats, pour le comparant ou pour le seigneur. Que si une partie ne trouvait pas de *conseils*, le seigneur ou la cour ordonnait à un des covassaux, comme un service auquel il était tenu comme son homme lige pour la fidélité qu'il avait jurée, de remplir ces fonctions. Et, généralement, il était reçu que le conseil ou avocat, pour qui que ce fût qu'il fût nommé, recevait sa diligence, non de la partie, mais du seigneur lui-même ; et qu'en accomplissant ce mandat, il s'acquittait d'un devoir qui lui était imposé par le fief qu'il possédait et par l'hommage qu'il avait fait.

Bouteillier, dans sa *Somme rurale*[1], ne présente pas le rôle des conseils ou avocats de ce temps sous un point de vue moins relevé : « Or, sachez, dit-il, que le fait d'advocaterie, selon les « anciens faiseurs de lois, si est tenu et compté pour chevalerie. « Car tout ainsi comme les chevaliers sont tenus de combattre « pour le droit et l'épée, ainsi sont tenus les avocats de sou- « tenir le droit de leur pratique et science, et pour ce sont-ils « appelés *chevaliers ès loix*[2], etc. »

100. Ce beau rôle des avocats ou conseils des parties cessa dès la fin du douzième siècle, lorsque les clercs entrèrent dans les cours de justice et s'emparèrent d'une partie considérable du pouvoir judiciaire. On comprend qu'alors ces fonctions perdirent leur ancien caractère, elles devinrent une profession ; de temporaires qu'elles étaient, elles furent généralement exercées par des clercs, et il n'y eut plus rien de féodal ni de militaire dans leur institution. C'est aussi à dater de ce temps que toutes les puérilités de la scolastique, tous les ambages des procédures des cours ecclésiastiques s'introduisirent dans les procès, même devant les cours des seigneurs, que nombre d'abus prirent naissance, et que les plaintes, les satires les plus mordantes répandirent la déconsidération sur une profession auparavant assimilée à la chevalerie[3].

[1] P. 671, éd. de 1603.

[2] *Assises de Jérusalem*, chap. XIV, p. 39. Ed. Beugnot.

[3] V. Roman du Renard, t. I, p. 307, v. 8231-8648 (de l'an 1107). — Roman de la Rose. Ed. Méon, p. 44 (de l'an 1122). — Pierre de Blois, qui mourut vers 1200 : « Hodiè soli avaritiæ militant patroni causarum,

L'auteur des *Etablissements de saint Louis*, liv. II, chap. XIV, et Pierre de Fontaines, dans son chapitre XI, *Chi parole des amparliers*, ne font que traduire diverses lois romaines et n'apprennent rien sur l'état d'avocat à l'époque où ils écrivaient.

Nous verrons dans la troisième partie de cette période qu'il faut remonter à Philippe III, en 1274, pour trouver l'ordonnance qui régla la première cette profession, fonda l'ordre et assujettit les récipiendiaires à un serment; mais nous verrons aussi alors combien la féodalité était battue en brèche par la royauté.

Beaumanoir, dans son chapitre de l'*Office des avocats*, donne des renseignements curieux sur ce qu'était devenu l'ordre dans les quarante ans qui suivirent l'ordonnance de 1274[1].

Nous reviendrons sur toutes ces modifications introduites au pur système féodal.

Subtilités, chicanes.

101. C'est cette invasion du droit canonique et de la scolastique de ce temps qui nous explique comment, même dans la société toute militaire des croisés, loin qu'au douzième siècle la loyauté et la franchise aient trouvé un refuge dans les Cours des seigneurs, la chicane y avait été légalement constituée, et poussée même à un degré de duplicité qu'elle n'a atteint nulle part ailleurs. Non-seulement, sous cette pernicieuse influence, la procédure féodale n'eut pour objet que d'envelopper le moins perfide dans un inextricable réseau d'*incidents*, d'*interlocutoires*, de *retenails*, comme on disait, pour retenir la vérité et le jugement, mais encore la pratique sanctionnait ces ruses, les jurisconsultes les érigeaient en règle de droit; les assises, qui tenaient lieu de droit, les consacraient, et les auteurs juridiques les professaient sans le moindre scrupule. Qu'on lise en particulier le chapitre XXXVIIe de l'*Assise de Jérusalem*, intitulé naïvement : *Comment l'on doit et peut longuement plaidoyer*, l'on y verra une théorie des fraudes dilatoires qui dépasse tout ce que l'on

« quondam venerabile nomen et gloriosa professio advocati notabili ve-
« nalitate vilescit, dum miser et perditus linguam vendit, sordidarum
« litium cineres resuscitat, pactiones violat. » Citation de M. Beugnot, *Assises*, t. I, p. 35, note. Cf. *id.*, t. II, p. 30, note C.

[1] *Ordonn. du Louvre*, t. I, p. 300.

peut imaginer de plus déhonté en ce genre ; si bien que l'auteur, Jean d'Ybelin, est obligé de convenir que « cette théorie n'est ni belle, ni convenable. »

Délais, essoines, contremands.

102. Toutes ces subtilités de la chicane tendaient à reculer le plus possible le jour du jugement. Sur ces exceptions, les cours accordaient des délais, sous le nom d'*essoines*, de *contremands*, aux plaideurs qu'elles reconnaissaient véritablement empêchés ; le *contremand* se distinguait de l'*essoine* en ce qu'il renfermait un engagement de la partie de venir à un *jour certain*, tandis que l'*essoine* n'emportait pas assignation à jour fixe.

Lorsqu'à l'aide de ces ruses la partie cherchait à *fuir le plaid*, à se soustraire à la justice, l'on donnait *défaut* contre elle et l'on adjugeait à la partie adverse sa demande. Malgré ce correctif, les excuses ou *contremands* étaient un moyen trop fréquent de ralentir, au gré des parties, l'action des tribunaux ; on y recourait même à la cour de France, dans le jugement des grands vassaux, et il n'est pas rare d'y voir la décision d'un procès retardée d'une année entière par des contremands mal fondés.

M. Beugnot[1] en a recueilli plusieurs exemples. En voici un, extrait de la *Chronique de Rheims*, publiée par L. Pâris, en 1837, chap. XXIII, p. 239. Il s'agissait d'une affaire, jugée en 1259, entre l'archevêque de Reims et le couvent de Saint-Rémi : « Fu « li archevêque semons et ajourné devant le roi contre l'abbé et « le couvent de Saint-Remi. Li archevêque contremanda une « fois, et autre, et tierce, et eut tous ses contremans, et gagna « bien délai d'un an sans qu'il ne répondît. A la parfin li arche- « vêque fu semons et li jours fut assigné, certains qu'il fut », etc... Suivent encore de nouvelles rubriques.

Observons cependant que cette procédure, toute vicieuse qu'elle était, se recommandait par deux caractères précis : 1° elle était essentiellement orale[2], 2° elle était publique[3].

[1] Note, p. 100, *Assises de Jérusalem*.

[2] Beaumanoir, VI, 15.

[3] Ordonnance de Louis le Hutin, du 1er avril 1315, art. 9. — Faustin Hélie, t. I, p. 325. — Voyez. du reste, sur le *contremand*, les *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. II et CXVIII. — Houard, *Coutumes anglo-*

5. — *Moyens de preuve et du record, et du duel judiciaire en particulier.*

103. Les preuves ou moyens de terminer les procès étaient de diverses espèces : ainsi l'*avœu*, lorsque le défendeur reconnaissait l'obligation contestée ou le fait dont il était accusé; l'*accord* des parties, quand elles s'arrangeaient par conciliation ou transaction volontaire; l'*évidence*, quand la présentation des titres, la certitude des faits rendaient inutile toute recherche ultérieure, et autres semblables[1]. Mais les principaux moyens pour conduire au jugement, les seuls que nous nous proposons d'examiner, parce que c'étaient de beaucoup les plus fréquents, « c'étaient le *record* ou enquête par témoins, et le *combat judiciaire*. » Et, à vrai dire, ce dernier moyen resta longtemps dans le régime féodal le moyen héroïque et capital de terminer toutes les contestations graves.

104. — 1. Le *record* était une véritable enquête par témoins, constatée par écrit. Pour l'opérer, les parties énonçaient clairement les faits sur lesquels se fondaient les dires respectifs, et pouvaient même être tenues à les rédiger sous forme de *conclusions;* puis, la cour ou le seigneur déléguait un certain nombre de juges pour recevoir l'enquête. Les témoins assignés pour chaque partie étaient pris parmi leurs parents, leurs amis, leurs *covassaux;* on en distinguait deux espèces : les *contremandiers*, qui déposaient simplement sur tel ou tel fait, sans engager leur responsabilité, c'est-à-dire sans garantir l'innocence ou le bon droit de la partie pour laquelle ils témoignaient; et les *garants*, qui étaient tenus de garantir le fait personnellement; les premiers étaient beaucoup plus fréquemment employés dans les records. Quoi qu'il en soit, le *record* formé, le fait qu'il avait attesté était désormais à l'abri de tout contrôle, il ne restait plus à la cour qu'à proclamer le droit qui en ressortait.

Tel est le résumé de l'institution du *record* ou preuve par

normandes, t. I, p. 322. — Beaumanoir, chap. III, p. 65 et suiv.; t. I, éd. 1842, et notes de la Thaumassière, p. 377. — Bouteiller, *Somme rurale*, tit. IV, p. 21-28. — *Assises de Jérusalem*, ch. XXXV, LV. — Ducange, v° *Contramandatum*, etc.

[1] Voyez Beaumanoir, chap. XXXIX, p. 91.

témoins. Ajoutons maintenant quelques développements sur la pratique même de cette enquête.

Le nombre de juges nécessaires pour faire un *record* variait suivant les législations et les coutumes. Beaumanoir déclare qu'un *enquêteur* ne doit pas être seul[1]; dans le plus grand nombre de cas, le record se fait par deux et plus ordinairement par trois juges. Mais quel était le mode de procéder?

105. On peut, d'après ce même Beaumanoir, d'après le registre des *Olim*, ou des anciens arrêts de la cour du roi depuis saint Louis, et d'après les *Assises de Jérusalem*, retracer avec assez de certitude les formes de cette procédure sous le droit féodal. M. Beugnot nous servira de guide, dans sa dissertation à la suite des *Olim*[2].

Les témoins, dûment assignés, se rendaient devant les enquêteurs, lesquels avaient un scribe ou clerc pour écrire leurs dépositions. Le premier acte auquel ils étaient astreints consistait à prêter serment sur les Evangiles; aussi les voit-on quelquefois désignés sous le nom de *jurati*. La formule du serment était ainsi conçue : « Vous jurez au nom de Dieu et par tous les saints « du Paradis, et par les saintes paroles qui sont dans ce livre, et « par tout le pouvoir que Dieu a en ciel et en terre, que vous « direz la vérité de ce que l'ôn vous demandera en la querelle « pour laquelle vous êtes attrait en témoignage, selon que vous « en savez, et sans mensonge ajouter; que vous n'en mentiez « pour amour ne pour haine, pour loyer ne pour promesse que « vous en ayez eu ou que vous en attendez avoir, ni pour peur « ni pour menace de qui que soit. » Le témoin répondait : « Ainsi, comme vous l'avez dit, le jurons-nous. » Les scribes ou clercs prêtaient aussi le serment de bien et fidèlement reproduire les dépositions des témoins.

Chaque partie conservait, jusqu'à la prestation de serment, le droit de récuser ceux des témoins qui lui semblaient peu dignes de foi; mais, l'enquête ouverte, elles ne pouvaient plus ni l'arrêter, ni la retarder.

Les juges commis à l'enquête devaient borner leurs investigations aux points du litige sur lesquels, d'après les conclusions

[1] *Cout. du Beauvoisis*, chap. XL, p. 219.

[2] Ed. 1840, in-4°, p. 936 et suiv. — Cf. Faustin Hélie, *Théorie de la procédure criminelle*, t. I, p. 329 à 332.

des parties, l'enquête avait été spécialement ordonnée. Les témoins faisaient leurs dépositions ou avec développement, ou en se référant au dire d'un témoin précédemment entendu. L'enquête consignait dans le procès-verbal l'indication des moyens par lesquels les faits étaient arrivés à la connaissance des témoins, ou de *visu*, ou de *auditu*, etc. Les témoins entendus, on leur donnait lecture de leurs dépositions, et, s'ils y persistaient, les enquêteurs scellaient le procès-verbal, et le rapportaient eux-mêmes à la cour, afin de pouvoir, sur leurs explications, faciliter l'appréciation du droit des parties. Une fois le record rapporté à la cour, il était censé l'œuvre de tous ses membres et valait jugement.

106. Ainsi que nous l'avons dit, on ne pouvait pas revenir sur un *record*, ni en appeler, ni le déclarer incomplet ou mal fait; on avait conservé la tradition du profond respect que les Francs avaient pour la preuve par témoins, en sorte que le record jouissait dans la législation féodale d'une autorité à peu près absolue.

On lit dans les anciennes *Coutumes manuscrites d'Amiens* : « Derechef, tout ce que deux témoignent et recordent est ferme « et stable et passe sans que nul puisse dire et faire rien à l'en« contre, ni à la loi de bataille venir[1]... Ce que les hommes de « cour recorderont ce qu'ils ouïrent et virent, doit être tenu et « maintenu ferme et estable, aussi comme... ce qui aurait été « fait devant le seigneur et plusieurs de ses hommes, » etc.

Il n'y avait qu'une voie pour attaquer l'autorité due au *record*, c'était, lorsqu'il était reçu par la cour, de le déclarer faux et mensonger, et d'attaquer en duel tous les juges successivement. Ainsi le record pouvait conduire au combat judiciaire entre la partie condamnée et les juges qui l'avaient reçu.

Nous reviendrons sur cette singulière voie de révision. Occupons-nous maintenant du *duel* ou *combat judiciaire*.

107. — 2. Nous avons déjà vu, dans les périodes précédentes, que le *duel judiciaire* était admis par la législation des peuplades germaniques, et qu'il fut conservé en France sous les rois des deux premières races. Il se maintint dans les juridictions du régime féodal avec d'autant plus de facilité qu'il était en har-

[1] Cité par Beugnot, p. 258. — *Assises de Jérusalem*, chap. LVI, p. 91.

monie avec l'esprit d'indépendance et de guerre qui dominait alors toute la société. Cet absurde moyen de justice une fois enraciné dans les mœurs, on le soumit à des règles précises qui furent de bonne heure déterminées d'une manière à peu près uniforme. Cependant ces règles, sans doute parce qu'elles étaient présentes à tous les esprits, ne furent écrites que très-tard et à une époque où le duel judiciaire commençait à perdre de son influence. Les renseignements les plus généraux et les plus authentiques se trouvent dans les *Assises de Jérusalem*, livre de Jean d'Ybelin[1]. Entre les anciennes coutumes, celle de Normandie est la seule qui contienne des dispositions sur ce point[2]. Quant aux jurisconsultes qui en écrivirent, Pierre de Fontaines[3], contemporain de saint Louis, ne parla que pour Paris et Orléans; et Beaumanoir[4], qui était de la fin du treizième siècle, ne rapporte, comme il le dit lui-même, que les usages du comté de Clermont; Britton, qui mourut vers l'an 1275, ne s'occupa aussi que du duel judiciaire, tel que le pratiquaient à cette époque les Anglo-Normands[5]. Cependant, en réunissant les traits principaux de tous ces documents, surtout ceux que nous fournissent les assises, qui sont le code le plus pur que l'on connaisse de la féodalité, on peut se faire une idée assez exacte de ce qu'était dès le onzième siècle, le combat judiciaire.

108. Pour être admis à faire preuve par le combat, le plaignant, poursuivant ou demandeur, se présentait devant le seigneur, siégeant en sa cour suffisamment garnie de pairs, et lui disait en la présence de celui qu'il voulait appeler en duel : « Seigneur, je me plains à vous de *tel*, qui *telle* chose a faite, et « s'il le nie, je suis prêt à le lui prouver, ainsi que la cour en « connaîtra, et que je le rendrai mort ou *recréant* en une heure « de jour. Et voici mon gage. »

Alors il s'agenouillait devant le seigneur, et lui tendait son gant ou autre chose en gage de son appel. L'autre partie ou avouait, alors il n'y avait plus d'instance, ou niait, en affirmant

[1] Chap. LXXII à CVIII.
[2] Chap. LXVIII.
[3] Chap. XXI, XXII.
[4] Chap. LXI à LXVII.
[5] Chap. XXII, p. 69.

que le demandeur ou plaignant mentait et qu'elle était prête à se défendre par le combat ; alors elle donnait pareillement son gage. Le combat pouvait avoir lieu immédiatement, s'il s'agissait de crime de *trahison*, mais seulement après *quarante jours* depuis que les gages avaient été reçus, s'il s'agissait de toute autre plainte.

109. Le plus souvent l'on n'arrivait pas ainsi de prime abord au combat ; on commençait par entendre des garants ou témoins responsables de chaque partie, sur leur allégation. Ces témoins étaient obligés de soutenir la vérité de leur déposition et étaient exposés à ce que la partie adverse les accusât d'être faux et calomniateurs, et alors c'était à eux que les gages de bataille étaient demandés : c'était entre eux et la partie que le combat avait lieu. Si le témoin était vaincu, celui qui l'avait produit perdait son procès.

L'origine de cette obligation, qui identifiait les témoins de la classe des garants avec la partie, se trouvait déjà dans la législation des Francs, ainsi que nous l'avons vu ailleurs [1]. La féodalité conserva cet usage, qui persista encore longtemps après que saint Louis eût cherché à abolir le duel judiciaire. Beaumanoir nous apprend que, de son temps, les témoins sous garantie étaient encore obligés de combattre [2]. Quelques anciennes coutumes manuscrites [3], et particulièrement celle d'Amiens, confirment qu'aux douzième et treizième siècles cet usage était encore généralement observé en France. Et aussi au chapitre LXX des *Assises de Jérusalem*, voit-on que « les garans devaient être « tels qu'ils pussent *garantir portée*, c'est-à-dire faire serment, « batailler et autres choses qui besoignent. » — En conséquence [4], ni les parjures, ni les traîtres, ni ceux qui ont renié la foi, ni les prêtres ou clercs, ni les femmes, ni les mineurs de vingt et un ans, ni les vassaux de la partie adverse, et à plus forte raison ses serfs, ne pouvaient être admis à « témoigner à *garantie*, parce qu'ils ne pouvaient combattre. »

110. En général, tout accusé ou appelé était obligé de combattre en personne, s'il n'avait une *loyale excuse*. Dans ce cas,

[1] Cf., entre autres, *Capit.* de l'an 819.
[2] Chap. 61, p. 315. Ed. de la Thaumassière.
[3] Citées par M. Beugnot, p. 113.
[4] Chap. LXXI.

on permettait de prendre un *champion*, c'est-à-dire de se faire représenter au duel judiciaire par un mandataire payé, qui combattait pour la personne appelée. Les gens *loyalement excusés*, et admis à se défendre par champion, étaient les femmes, les infirmes, les ecclésiastiques et les hommes de plus de soixante ans[1]. Cependant il s'introduisit, avec le temps, l'usage que le seigneur pût, pour d'autres causes graves, étendre à d'autres personnes les excuses dont nous venons de parler; et c'est ce qui avait lieu souvent pour la partie adverse de celle qui combattait par champion. On trouvait injuste « que le champion exercé dans les armes, d'un ecclésiastique, d'une femme, ne pût être mis en présence d'un *spadassin* comme lui ; dans ce cas, les deux parties étaient également représentées par des hommes payés pour combattre pour elles. Toutefois, il ne faut pas croire que ce mode de duel par *procureur* fût jamais bien général; deux causes s'y opposaient : la première, c'étaient les frais qui étaient énormes; la seconde, c'était la peine prononcée par les lois contre tout champion qui se laissait vaincre. Dans les cas de crimes non capitaux, ou de simples causes civiles, d'après la jurisprudence la plus générale et fondée déjà sur les *Capitulaires*, le champion vaincu avait le *poing droit coupé*[2]. Pour les crimes capitaux, ou dont la peine était mutilation de membres, on était plus sévère. Dans les constitutions siciliennes, rapportées par Canciani[3], le champion qui succombait était condamné irrémissiblement à mort ; et il en était de même dans le royaume de Jérusalem : « Si la bataille est chose de quoi l'on a *mort des-*
« *servie*, le garent vaincu, et celui pour lequel il a fait la ba-
« taille doivent être pendus... Si la bataille est pour telle que-
« relle pour laquelle on ne doive pas mort recevoir, celui pour
« lequel le champion vaincu combattait, perd seulement sa que-
« relle, mais le champion est *pendu*[4]. » Cette sévérité était nécessaire pour empêcher la corruption de ces défenseurs mercenaires.

111. Voyons les formes du combat. Le parc où il devait

[1] *Assises de Jérusalem*, chap. CVI. — Beaumanoir, chap. LXI.

[2] Cf. Beaumanoir, chap. LXI.

[3] T. I, p. 351.

[4] *Assises*, chap. CIV. — Houard, *Anciennes lois des Français*, t. I, p. 264. — Cf. Beugnot, p. 175, et l'article *Campiones*, de Ducange.

avoir lieu était soigneusement gardé par les gens de justice. On publiait trois bans : l'un pour enjoindre aux parents des parties de se retirer, l'autre pour ordonner aux spectateurs de garder le silence ; le troisième enfin, pour défendre, sous peine de mort, de donner aucun secours à l'une ou à l'autre des parties. L'armement des combattants était strictement précisé par la jurisprudence des duels, et il paraît qu'il y avait assez de différence à cet égard, suivant les pays. Dans le royaume de Jérusalem, les parties quand elles combattaient pour un crime de meurtre ou de trahison étaient armées et vêtues d'une autre façon que lorsqu'elles combattaient dans des affaires d'une moindre importance[1]. Mais cette distinction n'existait pas en France, au moins à ce que dit Beaumanoir, qui n'indique qu'un seul costume et qu'une même manière d'armement pour toutes les affaires entre nobles ou chevaliers : ceux-ci doivent se présenter et combattre à cheval et avec toutes leurs armes offensives ou défensives. Quant *aux autres gens que chevaliers* (pour parler comme le chapitre CVIII des *Assises*), l'arme offensive des roturiers était un bâton pourvu d'une masse, et leur arme défensive d'épais vêtements de drap, de cuir et de laine. Le chevalier qui provoquait un homme de poëste, un roturier, devait prendre les mêmes armes que lui et combattre à pied comme lui ; « car[2], « puisqu'il s'abaisse à appeler si basse personne, sa dignité y est « ramenée en cel cas ;... et moult serait cruelle chose, si le gen- « tilhomme appelait un homme de poëste, et avait l'avantage « du cheval et des armes. » En France [3], les combattants devaient, avant le combat, adresser au roi ou autre seigneur présidant le camp les paroles suivantes : « Très-redouté seigneur, « je suis *tel*, qui, en votre présence, comme à notre juge com- « pétent, suis venu au jour et heure que vous m'aviez assignés « pour faire mon devoir contre tel, à cause du meurtre ou « trahison qu'il a fait, et de ce, j'en prends Dieu de ma part, qui « me sera aujourd'hui en aide. » Alors les seconds de chaque partie en remettaient une déclaration écrite au *maréchal* du camp, comme reconnaissance de la libre volonté de s'en remettre

[1] Voy. *Assises de Jérusalem*, chap. LII-CII.

[2] Beaumanoir, chap. LXIV.

[3] D'après le *Formulaire des combats à outrance*, publié en 1306, par Philippe le Bel.

au jugement de Dieu [1]. Il n'était pas interdit, au surplus, de faire à Dieu ou à ses saints des vœux pour obtenir la victoire, car on pensait que, dans aucun cas, Dieu ne favoriserait par la victoire une cause injuste. Mabillon nous a conservé un acte de donation fait par un seigneur de Rouque, le 22 mai 988, en faveur d'une abbaye du diocèse de Lodève, pour remercier le saint de cette abbaye d'avoir eu égard à un vœu de cette espèce, et d'avoir, obtenu pour ledit seigneur la grâce de tuer son ennemi en champ clos [2]. « Et après, les gardes du camp doivent *partir le soleil* de « manière qu'il ne soit pas plus au désavantage de l'un des com- « battans que de l'autre. Puis doit dire l'un des gardes du camp « au seigneur : « Sire que commandez-vous, nous avons fait tout « ce que nous devions faire. » Alors le seigneur doit leur dire : « Laissez-les aller ensemble »... Et le maréchal du camp crie « par trois fois, *laissez aller*. Là-dessus, les gardes lâcheront « chacun la bride des chevaux des combattans, et se tireront à « part du champ pour les laisser *convenir*..... Si l'un prend « l'autre, et s'entreluttent et s'abattent, les gardes du camp se « doivent porter aussitôt aussi près qu'ils le pourront d'eux, de « manière à ce que si aucun d'eux dit le mot du recréant (qui « est *je me rends*) ils le puissent *oïr*. Et s'il le dit, et s'ils l'oyent, « ils doivent maintenant dire à l'autre : *Laissez, assez en avez* « *fait;* puis ils doivent celui prendre et livrer au commande- « ment du seigneur [3], » etc...

La conséquence de cette défaite était, pour le vaincu, « que, s'il s'agissait d'une cause civile, il *perdait sa carelle*, comme dit l'assise, c'est-à-dire qu'il était condamné, et, de plus, ses armes, son cheval étaient confisqués au profit du connétable ou du maréchal du camp. S'il s'agissait d'une cause criminelle, par exemple, pour trahison ou pour meurtre, « le seigneur le « faist immédiatement traîner sur une *claie*, jusqu'aux fourches « patibulaires, et *pendre par la goulle mort ou vif* [4]. » En sorte que le vaincu, dans le combat judiciaire, ne quittait le champ de bataille que pour l'échafaud [5].

[1] Rapporté par Beugnot, p. 175.
[2] Beugnot, p. 168.
[3] *Assises*, chap. CII.
[4] *Idem*.
[5] Voy. Crapelet, *Cérémonie de gages de bataille*. In-4°, Paris, 1830.

112. D'après les purs principes de la féodalité, l'on pouvait remettre des gages de bataille et ordonner le combat judiciaire pour toutes les affaires tant civiles que criminelles, et de quelque valeur qu'elles fussent. Et telle était même l'étendue de ce moyen de preuve, quant aux personnes qui pouvaient l'invoquer, que l'on ne refusait les gages de bataille qu'entre père et fils; des frères même, quand il s'agissait de crimes capitaux, pouvaient combattre l'un contre l'autre ; l'usage prévalut seulement qu'en matière civile les frères combattraient par champions [1].

113. Les conséquences funestes de ces jugements par la voie du combat ne tardèrent pas à exciter des récriminations parmi ceux-là mêmes qui en avaient adopté l'usage. L'Eglise s'éleva, mais en vain, par des admonitions, par des censures, contre cette pratique aussi contraire à l'esprit du christianisme qu'à toutes les notions de l'ordre et de la justice. Mais le mal était trop profondément invétéré dans les mœurs pour céder à un semblable remède, et il continua à faire des progrès qui éveillèrent la sollicitude des hauts barons et des rois en particulier. Toutefois leurs premiers efforts pour réprimer ou restreindre les combats judiciaires furent très-faibles. Un des plus anciens règlements qu'on ait faits en Europe sur cet objet, est un édit de Henri Ier, roi d'Angleterre [2], qui défendit l'usage de ces combats en matière civile (an 1120). En France, Louis le Jeune (an 1168) n'alla pas si loin : il se borna à restreindre le droit de demander aux causes civiles une valeur supérieure à cinq sols [3]. Une même disposition fut adoptée dans les *Assises de Jérusalem* [4]. Seulement, vu l'abondance du numéraire parmi les nobles croisés, la somme y fut portée à un marc d'argent ou cinquante-quatre sols.

114. La première tentative faite pour abolir en France le combat judiciaire remonte à saint Louis. Quelques années après qu'il établit ou confirma la trêve connue sous le nom de *quarantaine le roi*, pour diminuer les guerres privées, il émit

[1] *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. CLXVII. — Beaumanoir, chap. LIX. — *Assises*, chap. CXIX.

[2] Cité par Brussel, t. II, p. 962.

[3] *Ordonn. des rois*, I, p. 34.

[4] Chap. XXXVIII.

aussi une ordonnance pour mettre fin, s'il se pouvait, aux duels ou gages de bataille. C'était en 1260. « Nous défendons », disait-il dans cette ordonnance, « à tous les batailles par tous « nos domaines »... Puis, suivaient des dispositions qui enjoignaient de remplacer en tous cas le duel par le record ou enquête par témoins. Et cette défense fut renouvelée en 1270 par les *Etablissements*, liv. I, chap. II et III. Mais que peuvent les lois sans les mœurs? Les barons indépendants de saint Louis ne voulurent point recevoir cette loi, et, à sa mort, ses pieuses dispositions ne furent pas même suivies dans ses domaines, tant la pratique du combat judiciaire était dans les habitudes et dans les idées du temps. Cependant, dès le treizième siècle, on commença à l'employer moins fréquemment *en matière civile;* et il s'établit comme point de jurisprudence que certaines contestations civiles, quelle que fût la valeur de la somme, seraient décidées sans combat. Beaumanoir, chap. LXIII, les énumère; c'étaient : « contestations de legs et d'héritages, causes des biens d'Eglise, domaines, tutelles, procès où il n'y avait pas de preuve écrite, enfin toutes les affaires où il y avait eu un record. » Or, cette dernière limite était grande, car le recours à la procédure par enquête devenait tous les jours plus fréquent, en sorte que le duel fut réellement sous cette jurisprudence un mode d'exception en matière civile.

Il n'en fut pas de même au criminel; le duel judiciaire resta, du dixième au quatorzième siècle et sans modification, le mode de procédure pénale par excellence. « En tous cas de cri« mes », dit le même Beaumanoir, « on peut appeler ou venir « à gages de batailles. » Mais, au commencement du quatorzième siècle, Philippe le Bel apporta enfin quelques restrictions à cette règle générale. Son ordonnance de 1306 ne permit plus de recevoir de gages de bataille pour tous autres crimes que « l'homicide, le rapt et la trahison », et encore fallait-il pour admettre au combat, qu'ils fussent évidents. Il prescrivit aussi des formes plus rigoureuses à suivre dans un formulaire très-curieux, dit des *combats à outrance*, annexé à cette même ordonnance. Enfin, il résulta de l'esprit et du texte de cette loi « que le duel judiciaire, dans le petit nombre de cas où il pouvait avoir persévéré en matière civile, ne serait plus admis. »

115. Depuis cette époque, le duel judiciaire fut tous les jours

plus rarement employé, grâce à l'établissement de justices régulières, qui décidaient les procès criminels d'après les voies de droit. Toutefois, il en apparaît çà et là quelques exemples notoires dans l'histoire. Ainsi, sous Philippe de Valois, en 1343, il y eut un célèbre duel entre le chevalier Dubois et Jean de Vervins; ainsi, sous Charles VI, le Parlement de Paris en ordonna un entre Carrouge et Legris; ainsi, en 1385, le duc de Bretagne préside à un combat judiciaire entre Robert de Beaumanoir et Pierre de Tournemine; ainsi, en 1522, Charles-Quint permit un duel judiciaire en Espagne, et les deux adversaires combattirent devant lui avec toutes les anciennes formes d'usage; enfin, le dernier combat judiciaire notable que nous offre l'histoire de France, c'est celui de Jarnac avec la Châteigneraie, en 1547. Robertson en cite deux exemples postérieurs à ce temps, en Angleterre, l'un en 1571, sous la reine Elisabeth; l'autre en 1631, sous Charles Ier[1].

6. — *Voies de recours.*

116. Nous venons de voir les principaux modes de procédure de la période féodale. Quelles étaient les voies ouvertes pour attaquer les jugements rendus sur des moyens aussi peu certains, pour prévenir quelques-uns des inconvénients de cette forme de procédure?

Nous l'avons déjà dit ailleurs, l'*appel*, tel que nous l'entendons aujourd'hui, c'est-à-dire le recours à un tribunal supérieur pour faire réformer le jugement d'un autre, était inconnu dans le système judiciaire féodal. Et comment en pouvait-il être autrement, quand le premier jugement se terminait le plus ordinairement par la bataille, et par conséquent par la mort d'une partie ou sa pendaison. C'est ce que dit Beaumanoir[2] : « Si « la bataille est faite, la querelle est venue à fin : si n'est mé« tier de plus d'apiaux. » D'ailleurs, dans les idées de la sujétion féodale, le prononcé du seigneur, délibéré par les pairs, était une véritable loi à laquelle le condamné était tenu de se soumettre par son serment même de foi et hommage; le recours

[1] Voy. Robertson. Introduction à l'*Histoire de Charles-Quint* note 22, in fine, p. 109. Ed. Panthéon. — De Laurière, préface aux *Ordonnances du Louvre*, t. I, p. XXXIX.

[2] Chap. II.

contre ce prononcé était donc tenu pour une infraction à la fidélité, pour un outrage envers le seigneur : « Appel, disent les *Etablissements de saint Louis*, contient félonie et iniquité [1]. »

Mais si l'appel, proprement dit, n'était pas compatible avec les principes de la féodalité, on y suppléait par deux voies de recours en harmonie avec ces principes : la première était le *faussement de cour*, la seconde était l'*appel de défaut de droit*. « Ce que les « lois font par appel, dit de Fontaines, fait notre usage par *faus-* « *ser* [2]. »

117. Le *faussement de cour* était un démenti porté à tous les juges composant la cour, en leur déclarant « que le jugement était faussement et méchamment rendu » *falsum et pravum*. Cette insulte faite aux pairs obligeait immédiatement ceux-ci à se laver de l'affront par le combat : ils tendaient tous à la partie leur gage de bataille, et le condamné en faisait autant. Ainsi, le *faussement de cour* était une voie pour empêcher l'effet du premier jugement par un duel judiciaire entre le condamné et tous ses juges. On lit au chapitre CX de l'*Assise de Jérusalem :* « Si « un homme veut la cour fausser et dit que le jugement ou le « record que la cour a fait est faux ou déloyaument fait... tous « ceux de la cour le doivent maintenant démentir et offrir à *al-* « *canter* (c'est-à-dire à combattre) de leurs corps contre le sien « en la cour. Et celui qui la veut fausser, il convient qu'il se com- « batte à tous les hommes de cette court l'un après l'autre, « aussi bien à ceux qui n'auront été mie à ce record ou au ju- « gement, comme à ceux qui l'auront fait ; car parce que l'hon- « neur et la honte de cette cour est commune à tous ceux qui « sont dans cette cour, le doit chacun des hommes qui la com- « posent défendre en combat de son corps contre celui qui la « veut fausser [3]... etc. » Alors tous les hommes de la cour descendaient en champ clos, et l'appelant avec eux. On tirait au sort celui qui devait commencer le combat, les autres suivaient, et ainsi l'appelant doit se mesurer successivement avec chacun d'eux. S'il les vainquait tous, la cour était faussée, déshonorée, le jugement réformé. « Que s'il ne les vainc tous en un jour, dit l'assise, il doit être pendu », et le jugement est désormais inatta-

[1] Liv. II, chap. XV.
[2] Ed. Marnier, p. 290.
[3] Beugnot, p. 179.

quable. On comprend que cette voie d'appel était peu attrayante; mais tous les auteurs du temps sont d'accord sur cette jurisprudence barbare; ils ne varient que sur quelques formes secondaires [1].

Le grand danger que courait l'appelant dans ce combat contre les juges fit introduire en sa faveur une modification : on lui permit de demander avant que la sentence fût rendue, que les juges prononçassent successivement leur avis de vive voix; alors il laissait prononcer le premier; mais si le second ou le troisième opinant se déclarait contre lui, on lui permettait de l'arrêter par un démenti personnel, en lui disant qu'il était un faux et mauvais juge « falsum et pravum », et dès lors l'injure était censée exclusivement adressée à ce seul juge, c'était contre lui seul aussi qu'il devait combattre. De Fontaines, chap. XXII, n. 1, 2, et Beaumanoir présentent ce mode plus simple de fausser jugement comme général à la fin du treizième siècle [2]. Dans les *Assises de Jérusalem,* qui sont plus conformes à la règle des institutions féodales, on ne le donne que comme un cas particulier, c'est un faux-fuyant d'exception. Et effectivement, ce n'était qu'une jurisprudence nouvelle [3]. Dans la rigidité des principes, tous les juges devaient combattre sur l'attaque en faux jugement, comme étant tous solidaires de cette obligation féodale.

118. — 2. L'appel de défaute de droit avait lieu lorsque le seigneur *véait,* c'est-à-dire refusait de rendre justice aux parties; ce que nous appelons aussi « déni de justice. » Dans les principes de la féodalité, ce refus de rendre justice à son vassal, dans sa cour et par assemblée de ses pairs, était de la part du seigneur un cas de félonie tellement grave, que le vassal pouvait se regarder comme délié de son serment de fidélité et se réunir aux ennemis de ce seigneur pour lui faire la guerre. Aussi voit-on dans plusieurs chartes d'hommage le vassal ne s'engager avec son suzerain que, *quamdiu sibi in curia rectum facere voluerit.* Quoi qu'il en soit, dans ce cas de déni de justice, on trouve de très-bonne heure (quelques-uns disent dès le

[1] Voir Beaumanoir, chap. LXI, n. 41, 42. — Pierre de Fontaines, chap. XXII, etc. Montesquieu, liv. XXIII, chap. XXVII, *Esprit des lois.* — Meyer, Institut. Jud. II, p. 410.

[2] Beaumanoir, T. II, p. 392, 393. Ed. Beugnot.

[3] Beugnot, p. 181.

temps de Philippe-Auguste, commencement du treizième siècle) l'usage introduit de porter l'affaire dont le seigneur avait refusé de prendre connaissance, devant le supérieur immédiat de ce seigneur, c'est-à-dire à son suzerain. Le suzerain avait alors à connaître de deux choses : la première, du délit du seigneur son vassal, qui avait refusé de faire droit ; il était pour ce fait condamné à une amende qui était généralement de 60 livres ; 2° le suzerain jugeait au fond comme le seigneur aurait dû le faire, et avec les mêmes formes que nous avons vues ci-devant : ainsi le seigneur coupable de défaute de droit perdait entièrement la connaissance de l'affaire.

Que s'il y avait déni de justice, de degré en degré, de plusieurs seigneurs supérieurs, l'appel en défaute de droit devait être fait en remontant aussi de degré en degré, sans omettre aucune juridiction de la hiérarchie féodale, jusqu'à ce que l'on trouvât un supérieur, fût-ce le suzerain, qui pût ou voulût juger. C'est ce qu'a dit Beaumanoir [1]. Montesquieu [2] en énonce toutes les hypothèses qui pouvaient se présenter dans le recours à l'appel pour défaute de droit ; mais peut-être a-t-il gratuitement prêté à une législation coutumière, incertaine, des formes strictes et des distinctions de doctrine que les temps ni les mœurs ne comportaient pas. Je me borne donc à y renvoyer, ce que j'ai dit peut suffire pour mon but.

Une fois cette voie de recours introduite, les appels pour défaute de droit, encouragés de toutes les manières par les suzerains, ne tardèrent pas à devenir très-fréquents. La cause la plus certaine de ce fait a été dans les périls et les difficultés qu'entraînaient dans les justices seigneuriales inférieures les formes de procédure par le combat, lorsqu'il n'y avait qu'un petit nombre de vassaux presque toujours les moins habiles à former la cour. Dans ces seigneuries-là, on comprend que souvent le seigneur déniait jugement, faute de juges. Il en résulta que peu à peu l'on prit l'habitude de voir les vassaux supérieurs intervenir dans les justices inférieures : ce fut un acheminement au droit d'évoquer directement les causes de leurs arrière-vassaux, et à

[1] Chap. LXI, ed. Beugnot, t. II, p. 402, n. 65, — Cf. Beaumanoir, t. I, chap. XI, n. 12, p. 163.

[2] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, chap. XXIII.

l'introduction beaucoup plus importante des appels de leurs jugements par-devant la cour du suzerain ou du roi, innovations que nous signalerons dans la troisième partie de cette période, et qui, en créant une juridiction un peu moins centrale, modifièrent si profondément les principes fondamentaux de la féodalité.

119. — 7. *Inégalité.* Il est un point sur lequel je dois cependant insister. C'est sur l'extrême inégalité qui ne tarda pas à se manifester entre les possesseurs de fiefs, et par suite dans leur juridiction. Dès le onzième siècle, le nombre des petits fiefs commença à diminuer, et les grands fiefs s'agrandirent encore aux dépens de leurs voisins; la juridiction suivit la même marche : elle tendit à passer aux mains des possesseurs de gros fiefs, et dès lors on vit paraître une distinction entre les justices seigneuriales, qui n'était pas dans les principes du strict régime féodal : on reconnut deux degrés dans la juridiction, la haute et la basse justice, puis plus tard on y ajouta la moyenne justice. On ôta la haute justice, qui donnait le droit de vie ou de mort, au dernier vavasseur; on en revêtit exclusivement le baron, quelquefois le châtelain, en sorte que les vassaux tenant les justices inférieures, moyenne ou basse, étaient obligés de renvoyer les accusés de grands crimes devant la cour du seigneur supérieur, qui seul avait le droit d'en connaître. Le duel judiciaire était de haute justice, ainsi que la trahison, le meurtre, le rapt et autres crimes capitaux. Beaumanoir dit [1] : « L'on doit savoir que de tous cas de crimes quelqu'ils soient dont l'on peut perdre vie, qui en est atteint et condamné appartient à haute justice, excepté le larron, car ainsi soit que souvent pour son larcin il perde la vie, pourtant larcin n'est pas de haute justice [2]. »

120. Au reste, sur les usages judiciaires de la féodalité comme sur tout le reste, il y avait une grande différence, non-seulement de pays à pays, mais encore de coutume à coutume d'un même

[1] *Cout. de Beauvoisis,* chap. VIII, p. 294.

[2] Voyez aussi les *Etablissements de saint Louis,* liv. I, chap. IV, 28, 48, et l'article XXXIX de l'ancienne coutume d'Anjou, où la haute justice est aussi appelée voirie. Cf. art. 44, ancienne coutume du Maine. — Loisel, *Institut. cout.,* liv. II, tit, II, règle 45 et suiv., et la note de Laurière sur ces règles, t. I, p. 315 et suiv. — Loiseau, *Des seigneuries,* chap. X. — Faustin Helie, *Théorie de la procédure criminelle,* p. 311 et suiv. § 61.

pays. En dehors des traits généraux que nous avons esquissés, il existait, surtout en matière civile, des contrastes très-frappants. Je prendrai pour exemple la contrainte par corps ou emprisonnement pour dettes.

Les coutumes françaises du moyen âge ont été très-variées sur ce point : les unes avaient conservé l'ancienne disposition de la loi salique[1], qui était d'une extrême douceur pour les délits et ne prescrivait contre eux ni emprisonnement ni esclavage. D'autres avaient suivi le droit des *Capitulaires*[2], de la loi des Bavarois[3] et de l'ancien droit saxon[4], qui remettaient le débiteur insolvable, comme le condamné qui ne pouvait payer l'amende à laquelle il était tenu, entre *les mains du créancier ;* dès lors celui-ci le traitait comme serf, il en portait les signes avilissants, il était tenu en charte privée jusqu'à ce que par son travail il parvînt à se libérer[5]. Cependant ces coutumes admettaient généralement le débiteur, pour avoir la liberté de sa personne, à faire cession de biens, et ce n'était qu'en cas d'insuffisance des biens que l'on recourait à la contrainte par corps. Un premier adoucissement fut dans l'obligation de payer des aliments au débiteur incarcéré, faute de quoi le créancier devait le laisser aller ; ce sont les propres termes de l'ancienne coutume d'Amiens, qui ajoute cette disposition d'humanité, que *nul homme n'a droit à laisser autrui mourir en prison pour dettes ;* les *Asssises de Jérusalem*[6] parlent aussi des aliments *donnant li à manger et à boire souffisamment à sa vie soutenir, au moins pain et aigue, et robe à vestir, si que il ne meure de froid par défaut de robe,* etc.; mais moyennant cela elles permettaient de garder le débiteur serf et prisonnier toute sa vie[7]. Un second adoucissement fut introduit par une ordonnance de saint Louis, en l'an 1256[8], qui défendit de mettre en prison aucun ressortis-

[1] Tit. LV.

[2] Liv. I, chap. LXV.

[3] Tit. III, chap. XI.

[4] Miroir de Saxe, liv. III, art. 39.

[5] *Assises de Jérusalem,* chap. CXVI ; *Id., Cour des bourgeois,* chap. XXXIX ; Beugnot, t. II, p. 41 ; ancienne coutume de Tournay, coutumes anglo-normandes, citées par Beugnot, t. I, p. 185, note 6.

[6] Chap. CLXXXVIII.

[7] Beugnot, t. I, p. 301.

[8] *Ordonnances des rois de France,* t. I, p. 80.

sant pour autres dettes que pour celles envers le roi[1], et il en fut de même dans les lois anglaises[2], dans les lois de Sicile[3] et dans les lois d'Espagne[4]. Malheureusement, ce droit plus humain ne persista pas longtemps.

[1] *Etablissements de saint Louis*, liv. II, chap. XXI.
[2] Littleton, chap. IX, sect. 212, chap. XXII.
[3] Liv. I, tit. LXIV.
[4] Siete Partidas, IV^e^ partie, tit. II, III.

DE L'EFFET DE LA SIGNIFICATION

OU

ACCEPTATION DU TRANSPORT

QUAND IL EXISTE DES SAISIES OU OPPOSITIONS SUR LA CRÉANCE CÉDÉE.

De la règle *signification vaut opposition ou saisie.*

§ 1. — Introduction. — Systèmes divers auxquels la question a donné naissance.

§ 2. — Origine de la signification ou acceptation dans le transport des créances; son but, ses effets, dans le droit romain, l'ancien droit français et le droit moderne.

§ 3. — Dans l'ancien droit, jamais la signification n'a valu opposition vis-à-vis des saisissants antérieurs qui étaient préférés au cessionnaire.

§ 4. — La signification ne donne pas, dans le droit actuel, au cessionnaire le droit de venir à contribution avec le saisissant antérieur.

§ 5. — La signification du transport valait comme telle, dans l'ancien droit, et non simplement comme opposition vis-à-vis des créanciers opposants postérieurs qu'elle excluait, un seul cas excepté.

§ 6. — Aujourd'hui, comme autrefois, la signification ne vaut pas simplement opposition vis-à-vis des créanciers qui font postérieurement des oppositions qu'elle rend nulles. Ils ne peuvent venir à contribution ni avec le premier saisissant, ni avec le cessionnaire.

§ 7. — *Quid* de la cession faite postérieurement à la saisie, mais signifiée avant l'opposition?

§ 8. — L'article 1690 du Code Napoléon est applicable à la cession d'intérêts, arrérages, loyers ou fermages non encore échus.

---

§ 1. — Introduction. — Systèmes divers auxquels la question a donné naissance.

Lorsque le cessionnaire d'une créance trouve, avant la signification ou l'acceptation de son transport, une saisie-arrêt pratiquée entre les mains du cédé, a-t-il le droit de venir concourir avec le créancier saisissant?

La question se complique quand des oppositions sont faites, après la signification ou l'acceptation, par d'autres créanciers du

cédant. Comment régler le droit du premier saisissant, du cessionnaire et des opposants?

Cette question, si souvent discutée et d'une application très-fréquente, n'a pas donné naissance à moins de douze systèmes [1]. Quelques auteurs ont même cru devoir appeler l'algèbre au soutien de leurs propositions [2].

Les rédacteurs du Code n'ont certainement pas voulu ni pensé, en écrivant l'article 1690, faire une loi qui nécessiterait, dans son explication ou dans son application, l'emploi de formules algébriques ; ils n'ont fait que reproduire les principes du droit romain et de l'ancien droit français dans l'effet qu'ils donnent à la signification ou acceptation du transport ; effet radical, qui a justement pour but d'empêcher de naître les difficultés qui se sont élevées sur ce point, difficultés déjà tranchées par l'article 108 de la coutume de Paris, qui n'ont jamais existé pour nos anciens auteurs, ni, bien certainement, pour le législateur moderne, car aucune discussion ne s'est élevée sur l'article 1690 au Conseil d'Etat, et nous n'en trouvons pas de trace dans les discours des orateurs. Elles consistent, dit-on, dans la conciliation des trois principes suivants :

1° La signification de la cession ne peut porter atteinte aux droits du saisissant antérieur (art. 1690, C. Nap.).

2° Les saisies ou oppositions faites après la signification ne peuvent avoir d'effet contre le cessionnaire (même article).

3° Dans une saisie-arrêt, le premier saisissant, si sa créance n'est d'ailleurs privilégiée, n'acquiert aucun droit de préférence sur les opposants postérieurs qui viennent concourir avec lui (art. 2093, C. Nap., et 579, C. de proc.).

Voyons les efforts tentés pour arriver à cette conciliation. Un examen rapide des divers systèmes inventés dans ce but est nécessaire pour savoir si l'on y est parvenu. Je ne suivrai pas, dans leur énumération, le même ordre que M. Flamm; je com-

[1] Dix sont énumérés dans la *Revue critique de législation*, année 1854, t. IV, p. 337 et suiv., par M. Flamm, avocat du barreau de Varsovie, créateur de celui qui termine sa nomenclature. Voir encore dans la même revue, 1852, t. II, p. 717, un article de Marcadé et un autre de M. Vielle, 1853, t. III, p. 113.

[2] M. Mourlon, notamment, dans la *Revue de droit français et étranger* année 1848, p. 161 et suiv.

mence par ceux qui s'éloignent le plus de la solution que je donne.

Prenons, pour plus de facilité, les chiffres sur lesquels raisonnent les derniers auteurs qui ont écrit sur la question. La créance cédée est de 3,000 francs, la saisie-arrêt qui précède la signification est faite pour 1,500 francs, l'opposition qui la suit, pour 1,500 francs aussi. Tout ce que je dirai de la signification s'appliquera à l'acceptation faite dans un acte authentique.

Premier système.— Le saisissant, le cessionnaire et l'opposant viennent au marc le franc. Le premier prend 750 francs, le second 1,500 francs, le troisième 750 francs.

Ce système part du principe que la signification vaut opposition vis-à-vis du premier saisissant pour le capital de la créance cédée, et ne vaut que comme opposition vis-à-vis du créancier opposant postérieur. Il s'appuie sur un arrêt du 8 mars 1760, cité par Denisart dans sa collection de jurisprudence, v° *Transport*, n° 10, et a été consacré par des décisions judiciaires [1].

Les deux premiers principes y sont méconnus, puisque le cessionnaire, en faisant contribuer le premier saisissant, lui fait éprouver un préjudice, qu'il éprouve lui-même en venant à contribution avec le créancier opposant.

Deuxième système. — Dans le deuxième système, on raisonne de la manière suivante : L'opposition tardive ne peut nuire au cessionnaire, qui ne connaît que le premier saisissant; on opérera donc d'abord comme si l'opposition n'existait pas ; le cessionnaire, venant au marc le franc avec le saisissant, prendra 2,000 francs ; la première saisie ne donnant pas de droit de préférence au créancier saisissant, il partagera les 1,000 francs qu'il prend avec l'opposant; mais comme, vis-à-vis du cessionnaire, il a droit à 1,000 francs, celui-ci lui en rendra 500 ; de

[1] Paris, 15 janvier 1814, arrêt confirmant un jugement du tribunal de Pontoise, du 22 juillet 1813. Sirey, 14, 2, 95. Paris, 28 mars 1820. Sirey, 23, 2, 47. Tribunal de la Seine, 28 décembre 1835. *Le Droit*, 31 décembre 1835. Paris, 7 avril 1836. *Gazette des tribunaux*, 8 avril 1836. Tribunal de Tournon, 25 mai 1853. Sirey, 54, 1, 3. Tribunal de la Basse-Terre, 29 mars 1851. Sirey, 51, 2, 801. Bourdon et Billequin, dans le *Journal des avoués*, t. L, p. 72 et 186. Bioche et Goujet, *Dictionnaire de procédure*, v° SAISIE-ARRÊT, n° 135.

sorte que le premier saisissant aura 1,000 francs, le cessionnaire 1,500 francs et l'opposant 500 francs [1].

Ici encore les deux premiers principes sont violés, puisque le premier saisissant vient à contribution avec le cessionnaire, et que celui-ci doit lui rendre les 500 francs que prend l'opposant dont l'opposition lui nuit par le fait.

Troisième système.— La signification vaut opposition vis-à-vis du premier créancier saisissant, contre lequel l'opposition postérieure est aussi valable ; il ne doit donc avoir que ce qu'il aurait si tous venaient au marc le franc. L'opposant lui prend 500 francs sur les 1,000 francs qui lui reviennent à l'encontre du cessionnaire, celui-ci lui rendra 250 francs seulement, qui, ajoutés au 500 francs qui lui restent, lui donnent les 750 francs qu'il aurait pris, si tous étaient venus au marc le franc ; le cessionnaire aura 1,750 francs et l'opposant 500 francs [2].

Les deux objections faites au système précédent se représentent contre celui-ci, qui n'en diffère qu'en ce que l'opposition postérieure à la signification n'enlève au cessionnaire que 250 francs au lieu de 500 francs.

Quatrième système. — Le cessionnaire vient d'abord, comme tel, prendre ce que la saisie antérieure à la signification laisse de libre ; puis, sa signification valant opposition pour le saisissant et pour l'opposant, il viendra avec ce dernier partager, au marc le franc de ce qui lui reste dû, ce qui restera de la somme arrêtée par le premier saisissant, qui prendra ce qu'il aurait pris si tous étaient venus au marc le franc. Le cessionnaire viendra donc prendre d'abord 1,500 francs, et, sur les 1,500 arrêtés par le premier saisissant, ce dernier prendra 750 francs, le reste se partagera entre le cessionnaire, à qui il est dû encore 1,500 francs, et l'opposant, créancier de la même somme. Le premier saisissant aura 750; le cessionnaire 1,875; l'opposant 375 francs [3].

[1] C'est à tort, comme nous le verrons plus bas, que l'on a invoqué à l'appui de ce système l'autorité de Delvincourt et de plusieurs arrêts qui n'admettent pas le cessionnaire à faire contribuer le premier saisissant. Je n'ai trouvé ce système indiqué que par ceux qui le combattent.

[2] MM. Aubry et Rau, 3e édition, § 359 *bis*, t. III, p. 310, 311.

[3] Telle paraît être l'opinion de M. Vielle, *Revue critique*, 1853, t III, p. 120, 121. La Cour de la Guadeloupe en a fait l'application le 16 mai 1851. Sirey, 51, 2, 801.

Ce système pèche, comme les précédents, en ce qu'en ne faisant prendre que 750 francs au premier saisissant, on y considère la signification comme valant opposition, ce qui le force à venir à contribution avec le cessionnaire, et en ce que l'opposant fait valoir, contre le cessionnaire avec lequel il partage, une opposition postérieure à la signification.

Cinquième système. — Le dernier système produit, le plus compliqué de tous, que je mets au cinquième rang, a de l'analogie avec le précédent. Le cessionnaire y est considéré comme un opposant vis-à-vis du premier saisissant, comme un cessionnaire vis-à-vis de l'opposant postérieur à la signification. Il prend d'abord, à titre de cessionnaire, l'excédant des causes de la saisie, vient au marc le franc sur ces causes, pour ce qui lui reste dû, avec le premier saisissant et l'opposant, et indemnise le premier de tout ce qui lui manque pour atteindre le montant de ce qu'il aurait pris, si tous étaient venus au marc le franc.

Le cessionnaire prendra donc d'abord l'excédant des causes de la saisie, 1,500 francs; il lui reste dû 1,500 francs, ainsi qu'à chacun des deux autres; ils viennent au marc le franc sur les 1,500 francs, montant des causes de la saisie, et prennent chacun 500 francs; mais, comme la signification ne vaut qu'opposition vis-à-vis du premier saisissant, le cessionnaire lui rendra 250 francs pour le remettre dans la même position que s'ils étaient tous venus au marc le franc sur les 3,000 francs.

Le premier saisissant aura donc 750 francs, le cessionnaire 1,750 francs, l'opposant 500 francs.

On voit qu'en opérant sur la même hypothèse, l'auteur de ce système[1] arrive au même résultat que dans le troisième. Mais ce résultat, ainsi que l'auteur nous en prévient lui-même, changerait avec des chiffres différents. Nous avons, en outre de la plus grande complication des calculs, les mêmes reproches à lui faire qu'aux systèmes précédents. Deux des principes fondamentaux y sont méconnus. Le premier saisissant souffre de la signification, puisqu'il ne vient qu'au marc le franc avec le cessionnaire, et la signification n'a pas son effet vis-à-vis de l'opposant, puisqu'il vient concourir avec le cessionnaire sur les causes de la première saisie, et lui enlève 500 francs.

[1] M. Flamm. *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 342 et suiv.

Je ne vois pas non plus pourquoi, dans le système de l'auteur, une saisie-arrêt, faite pour 1,500 francs avant la signification du transport de la créance de 3,000 francs, ne soustrait que 1,000 francs au cessionnaire, quand il est seul avec le saisissant, et en soustrait 1,500, quand il survient des oppositions après la signification.

La signification est faite pour 3,000 francs ; si elle vaut opposition vis-à-vis du premier saisissant, l'opposition est pour 3,000 ; si elle vaut signification vis-à-vis de l'opposant retardataire, la signification est encore pour 3,000 francs et non pour 1,500 francs seulement ; la répartition proportionnelle ne pourrait être opérée que sur cette base.

Sixième système. — Le cessionnaire ici, comme dans les systèmes précédemment exposés, est un créancier vis-à-vis du premier saisissant, qu'il fait venir à contribution ; mais vis-à-vis de l'opposant, il sera créancier ou cessionnaire, à son choix, selon son plus grand avantage ; seulement, il ne peut, comme dans le système précédent, invoquer ces deux qualités à la fois, il fera valoir l'une ou l'autre. En outre, la cession n'est valable que pour l'excédant des causes de la saisie[1]. S'il se présente comme créancier, la créance cédée se partage au marc le franc entre lui et les deux autres. C'est le premier système : le saisissant prend 750 francs, le cessionnaire 1,500 francs, l'opposant 750 francs. Nous connaissons les deux objections faites à ce système. S'il se présente comme cessionnaire, sa cession ne valant que pour l'excédant des causes de la saisie qui est de 1,500 francs, il prendra ces 1,500 francs ; les 1,500 autres seront partagés entre le saisissant et l'opposant, chacun prendra 750 francs.

On voit que le résultat sera le même que celui qui vient d'être obtenu en opérant sur l'hypothèse que nous avons prise pour type ; mais il n'en serait plus de même avec d'autres chiffres. Si, par exemple, les causes de la saisie étaient de 3,000 francs, le cessionnaire, se présentant comme tel, ne prendrait rien, puisque, selon l'auteur, la cession ne vaut que pour l'excédant des causes de la saisie ; tandis qu'en se présentant comme créancier il viendra au marc le franc.

[1] Marcadé, Explication du Code Napoléon sur l'article 1691, n° III, *Revue critique*, 1852, p. 717.

En sens inverse, si la première saisie n'était que pour une faible somme, par exemple pour 500 francs, et que l'opposition fût pour une forte somme, pour 2,500 francs, le cessionnaire aurait intérêt à faire valoir sa cession contre l'opposant, il prendrait l'excédant des causes de la saisie, 2,500 francs, et le saisissant prenant ce qu'il aurait pris, si tous étaient venus au marc le franc, ne retiendrait que 250 francs, les 250 autres seraient attribués à l'opposant.

L'objection à faire à cette dernière branche du système est que la cession, qui, comme telle, ne peut être opposée au premier saisissant, lui nuit, puisque si elle n'existait pas, il aurait ses 500 francs. L'auteur est de plus en contradiction avec lui-même, puisqu'il pose en principe, en commençant, que le cessionnaire est un créancier pour le premier saisissant, que la signification vaut opposition pour le prix de la cession, il devrait donc venir en contribution avec lui pour ce prix, qu'il suppose être de 3,000 francs.

Septième système. — Ici, comme dans tous les systèmes précédents, le point de départ est que la signification vaut opposition vis-à-vis du premier saisissant, elle vaut opposition pour le total de la créance cédée. On établira donc la contribution entre le premier saisissant et le cessionnaire, mais la signification de la cession vaut comme telle, vis-à-vis de l'opposant retardataire, qui ne prendra que ce qui restera sur le dividende accordé au premier saisissant, en lui laissant ce qu'il aurait pris, si tous étaient venus au marc le franc.

Ainsi, revenant à notre hypothèse d'une première saisie pour 1,500 francs sur une créance de 3,000 francs transportée, d'une opposition pour 1,500 francs faite après la signification; la contribution étant établie entre le premier saisissant et le cessionnaire, le saisissant a droit à 1,000 francs, le cessionnaire à 2,000 francs, mais l'opposant prendra 250 francs au premier saisissant, qui n'en aurait eu que 750, si tous étaient venus au marc le franc[1].

Dans ce système, comme dans les précédents, la cession nuit, contrairement au premier principe, au saisissant, en le faisant venir à contribution avec le cessionnaire, qui ne peut lui oppo-

[1] M. Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, année 1848, p. 170.

ser, aux termes de l'article 1690, une cession signifiée après la saisie ; mais le second principe est respecté.

Huitième système. — Dans celui-ci, on admet encore que la signification vaut opposition vis-à-vis du premier saisissant qui viendra, par conséquent, partager, au marc le franc, avec le cessionnaire ; mais la signification, qui vaut comme telle vis-à-vis de l'opposant, aura pour effet de l'exclure, car elle a fait sortir pour lui la totalité de la créance du patrimoine du débiteur ; sa saisie, qui n'aurait aucun effet, si elle était seule, ne peut en acquérir par celle du premier saisissant, qui n'a agi que dans son intérêt propre [1]. Le premier saisissant prendra 1,000 francs, le cessionnaire 2,000 francs, l'opposant n'aura rien.

Les systèmes qui vont suivre, à la différence des précédents, respectent le premier principe, en n'admettant pas que la signification vaille opposition et puisse nuire ainsi au premier saisissant.

Neuvième système. — Tous les droits valablement acquis à des tiers sur la créance cédée avant la signification ou l'acceptation de la cession dans un acte authentique, tiennent contre le cessionnaire qui ne peut leur opposer sa cession. En conséquence, une saisie-arrêt, antérieure à la signification, est valable jusqu'à concurrence des causes de la saisie, sur lesquelles le cessionnaire ne pourra rien prétendre; mais s'il survient des oppositions postérieurement à la signification, la première saisie ne donnant pas de droit de préférence au saisissant, il partagera la somme qu'il a arrêtée, au marc le franc, avec les opposants ; seulement, comme la cession signifiée postérieurement à la saisie ne peut lui nuire, le cessionnaire lui rendra tout ce que les oppositions lui auront enlevé.

Ainsi, dans notre espèce, le premier saisissant avait vis-à-vis du cessionnaire droit à 1,500 francs qu'il avait arrêtés, l'opposition pour 1,500 francs lui en enlève 750, que le cessionnaire devra lui rendre. Le premier saisissant aura 1,500 francs, le cessionnaire et l'opposant chacun 750 francs [2].

[1] Ce système est enseigné par MM. Duranton, t. XVI, nos 500, 501 ; Troplong, *Vente*, t. II, nos 902, 926, 927 ; Duvergier, *Vente*, t. II, nos 200, 201. Delvincourt, t. III, p. 169, note 2, sur la page 84, édition de 1824, exclut aussi l'opposant, mais ne nous dit pas si le saisissant viendra à contribution avec le cessionnaire.

[2] Pigeau, *la Procédure civile des tribunaux de France*, édition de 1826,

Si, dans ce système, le premier principe, qui met le créancier saisissant antérieurement à la signification à l'abri de la cession, est respecté, il n'en est pas de même du second ; les oppositions postérieures à la signification enlèvent au cessionnaire, obligé de le rendre au premier saisissant, tout ce que les opposants lui prennent.

Dixième système. — Le cessionnaire ne peut, lorsque la signification est postérieure à la saisie, porter atteinte au droit du premier saisissant, pour lequel la cession n'existe pas ; les opposants postérieurs ne peuvent non plus porter atteinte au droit du cessionnaire qui a signifié avant leur opposition. Ils ont le droit de venir, avec le premier saisissant, sur les causes de la saisie qui n'attribue pas de privilége à celui qui l'a pratiquée, il ne doit pas profiter de la cession pour garder le tout, mais ne doit pas en souffrir non plus ; il gardera, par conséquent, la somme à laquelle il aurait droit, si la cession, qui n'existe pas pour lui, n'avait pas été faite ; le cessionnaire enlèvera aux opposants retardataires tout ce qui dépasse les causes de la saisie, ceux-ci ne prendront que ce qu'il en restera, la part du premier saisissant faite comme si la cession n'existait pas[1].

On arriverait, en opérant sur les chiffres que nous avons pris, au résultat suivant. Le premier saisissant, si la cession n'existait pas, aurait 1,500 francs, il les prendra ; le cessionnaire les 1,500 autres, l'opposant n'aura rien. Mais si nous supposons l'opposition faite pour 3,000 francs au lieu de 1,500 francs, le premier saisissant, abstraction faite de la cession, aurait pris

1. II, p. 67. Toutefois, cet auteur se contredit dans la même page, ainsi que l'a observé M. Duranton, en admettant le cessionnaire en concurrence avec le premier saisissant sur les causes de la saisie. — Chauveau sur Carré, quest. 1952. — Pau, 12 avril 1832 ; Sirey, 35, 1, 222. Paris, 30 mai 1835 ; Sirey, 35, 2, 285, 9 février 1837 ; Sirey, 37, 2, 262, 18 mars 1839, Sirey, 39, 2. 182, 26 juillet 1843; Sirey, 43, 2, 523. — C'est donc à tort que ces arrêts, comme je l'ai remarqué dans la note 1, p. 457, ont été cités à l'appui du second des systèmes que j'ai exposés, dans lequel on admet que la signification vaut opposition vis-à-vis du premier saisissant. Il est à remarquer que ce neuvième système, si souvent consacré par la Cour de Paris, n'a jamais été mentionné, probablement par suite de l'erreur que je viens de signaler, par les auteurs qui ont donné la nomenclature des systèmes émis sur la question.

[1] Système présenté par l'un des rédacteurs du *Recueil de jurisprudence* de Sirey à la fin des observations sur un arrêt de la Cour de Bourges, du 3 février 1836. Sirey, 37, 2, 5 et suiv.

1,000 francs, il ne prendra que cela, et l'opposant le surplus des causes de la saisie, c'est-à-dire 500 francs, le cessionnaire 1,500 francs.

Ce système, qui paraît au premier abord concilier tous les principes, arriverait à un résultat inadmissible en ne faisant concourir l'opposant avec le premier saisissant qu'autant que sa créance dépasserait un certain chiffre, comme nous venons de le voir, et surtout en le faisant, par suite d'autres oppositions postérieures à la sienne, concourir avec le premier saisissant, quand il n'y concourrait pas, s'il était seul.

Nous avons vu, en effet, que quand la première saisie sur une créance de 3,000 francs était de 1,500 francs, et l'opposition pour une pareille somme, l'opposant ne prenait rien, le saisissant enlevant les 1,500 francs qui lui seraient revenus, s'il n'y avait pas eu de cession. Supposons une seconde opposition faite encore après la sienne pour 1,500 francs; en opérant comme le veut l'auteur de ce système, le premier saisissant aura 1,000 francs et les deux opposants chacun 250 francs. Le premier opposant postérieur à la signification acquerra donc, par suite de la seconde opposition, un droit qu'il n'avait pas, tandis que l'effet d'une opposition est, au contraire, de diminuer les droits des autres opposants.

Onzième système. — La signification d'une cession est une signification, ne vaut que comme telle, et a effet comme telle *erga omnes*. Elle ne peut nuire aux saisies antérieures, et empêche toutes celles qui arriveraient postérieurement (art. 1690). Le premier saisissant prendra seul le montant des causes de la saisie, le cessionnaire le reste; les oppositions arrivent trop tard sur une créance qui n'est plus dans le patrimoine du débiteur pour eux[1]. Dans notre espèce, le premier saisissant prend 1,500 francs, et le cessionnaire les 1,500 autres.

[1] On cite, comme admettant ce système, Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, nos 248, 249. Il est vrai qu'il commence par l'énoncer et l'appuie de plusieurs arguments; mais en finissant, no 251, il semble bien admettre que la signification du transport vaut opposition; seulement, il a tort de dire que quand on admet, comme lui, que les opposants postérieurs à la signification ne viennent pas à contribution sur les sommes arrêtées par le premier saisissant, le cessionnaire n'a pas intérêt à se présenter comme saisissant. Il y a toujours intérêt, puisqu'en faisant contribuer le saisissant, il prend une somme plus forte que celle qui excède les causes de la saisie, et que,

Telles sont, en résumé, les solutions qui ont été données sur cette question, qui est bien certainement, de toutes celles qui ont été soulevées dans le droit moderne, celle qui en a reçu le plus grand nombre [1].

Nous ne trouvons que la dernière dans nos anciens auteurs, pour qui l'effet de la signification était le même qu'aujourd'hui. Ils n'y voient ni question, ni difficulté. Les rédacteurs du Code n'ont fait que consacrer les principes existants dans l'article 1690. Comment donc les jurisconsultes modernes ont-ils été amenés à trouver de si grandes difficultés là où les anciens n'en apercevaient pas? C'est précisément en méconnaissant l'effet de la signification du transport, et principalement en prenant pour point de départ un faux principe, la prétendue règle : *Signification vaut opposition ou saisie*, règle que non-seulement nous ne trouvons nulle part écrite dans la loi, mais qui est textuellement repoussée par l'article 1690, comme elle l'était déjà par l'article 108 de la coutume de Paris, ainsi que nous allons le voir, en remontant à l'origine et en étudiant le but et les effets de la signification ou acceptation de la cession des créances.

L'objet de cette recherche sera d'établir :

1° Que le cessionnaire ne peut pas concourir avec le créancier sur les causes d'une saisie antérieure à la signification ;

2° Que la signification ou acceptation de la cession rend nulles et sans effet les oppositions postérieures, aussi bien pour le cessionnaire que pour le créancier qui a pratiqué une saisie avant la signification.

Le premier saisissant doit donc prendre les causes de la saisie, le cessionnaire ce qui restera, s'il reste quelque chose ; les opposants retardataires n'ont aucun droit.

si ces causes étaient égales ou supérieures au montant de la créance saisie, il n'aurait droit à rien comme cessionnaire. Il cite, comme ayant consacré ce onzième système, deux jugements du tribunal de la Seine, du 19 avril 1828 et du 3 mai 1836. Je n'ai trouvé dans les recueils qu'un arrêt de la Cour d'Orléans, du 11 mai 1859, qui paraît renfermer implicitement cette doctrine.

[1] J'ai passé sous silence un douzième système que l'on fait résulter de l'arrêt de la Cour de la Guadeloupe, cité dans la note 3, p. 457. Ce ne serait qu'une modification du quatrième système, consistant à ne faire concourir les opposants postérieurs à la signification avec le premier saisissant qu'autant qu'en fait il n'y aurait aucune négligence de leur part.

§ 2. — Origine de la signification ou acceptation dans le transport des créances; son but, ses effets dans le droit romain, l'ancien droit français et le droit moderne.

On fait généralement remonter l'origine de la nécessité de la signification ou acceptation du transport des créances pour en investir le cessionnaire, à la réformation de la coutume de Paris, dont le nouvel article 108 contient la règle si souvent citée : « Un simple transport ne saisit point, et faut signifier le transport à la partie et en bailler copie avant que d'exécuter. » Ce n'est pas aller assez haut, la nécessité de la signification ou acceptation pour investir le cessionnaire de la créance existait en droit romain.

La nature de l'objet du contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire, s'opposant à toute tradition ou prise de possession matérielle, et, d'un autre côté, le débiteur cédé devant être prévenu qu'il doit désormais payer aux mains du cessionnaire et pouvoir en avertir les tiers intéressés, les jurisconsultes romains avaient déjà senti la nécessité de fixer le droit du cessionnaire par un acte équivalent à la tradition ou prise de possession. C'était la *denunciatio* faite au débiteur ou son acceptation.

A Rome, comme chez nous, les créances pouvaient très-bien faire l'objet d'une vente ou d'une donation; l'opération était qualifiée de *venditio vel cessio nominis*. Seulement, les principes du droit civil s'opposant à ce que l'on pût acquérir un droit sur un tiers *per extraneam personam* [1], la créance ne se détachait pas, comme aujourd'hui, de la personne du cédant pour passer à celle du cessionnaire; ce dernier exerçait son droit au moyen d'un mandat qui le constituait *procurator in rem suam;* plus tard, au moyen d'une action utile [2]. La *litiscontestatio,* opérant novation, empêchait le cédé de payer au cédant dès qu'elle avait eu lieu, il en était de même de la *denunciatio* de la cession faite par le cessionnaire au cédé [3]. Cette *denunciatio* était aussi usitée, comme chez nous la signification, pour empêcher

[1] Inst., tit. *Per quas person. oblig. nob. adq.*, III, 18.
[2] L. 3 et 7, C. *De hered. vel. act. vend.*, IV, 39.
[3] L. 3, C. *De novat.*, VIII, 42.

le débiteur d'une créance mise en gage de se libérer entre les mains de son créancier[1].

Les romanistes ne sont pas d'accord sur la question de savoir si la connaissance de la cession parvenue au cédé par une autre voie que celle de la *denunciatio* avait le même effet; mais il me paraît certain que son acceptation expresse avait le même effet en l'engageant vis-à-vis du cessionnaire comme il l'aurait été par une délégation parfaite.

Au reste, à part les différences que nous venons de signaler, nous retrouvons dans le droit romain à peu près toutes les dispositions qui sont passées dans le Code. Nous ne nous occuperons que de la signification de la cession et de ses effets.

Nous venons de voir que l'un d'eux était, si ce n'est de rendre le cessionnaire propriétaire de la créance, comme nous dirions aujourd'hui, au moins de lui donner le droit de s'en faire verser le montant par le cédé qui ne pouvait plus payer entre les mains du créancier ou des créanciers de ce dernier.

Dans notre ancien droit français, on admettait bien qu'une créance, par suite de la cession, pût passer de la tête du cédant sur celle du cessionnaire, mais il n'en devenait pas propriétaire par la cession seule, il fallait une signification ou l'acceptation du cédé, pour qu'il en fût saisi. Cette signification jouait dans la vente des créances le même rôle que la tradition dans la vente des choses corporelles, elle faisait sortir la créance du patrimoine du cédant pour la faire entrer dans celui du cessionnaire[2]. Jusque-là, le débiteur qui n'était pas prévenu pouvait se libérer entre les mains du cédant, dont les créanciers pouvaient faire des saisies-arrêts valables entre les mains du cédé.

L'ancienne coutume de Paris disait déjà, art. 170 : *Simple transport ne saisit point*. On appliquait la loi 3 au Code *De novationibus*, en traduisant le mot *denunciatio* par *signification*. Les réformateurs de la coutume, en reproduisant le principe, ajoutèrent dans l'article 108 ce que la pratique avait déjà consacré en s'appuyant sur la loi romaine, *et faut signifier le transport à la partie*. Aussi Mornac, sur la loi 3 C. *De novat.*, nous

[1] L. 4, C. *Quæ res. pign.*, VIII, 17. Comp., art. 2075, C. Nap.

[2] Loysel, liv. III, tit. I, règle 10. Coquille, *Inst.*, tit. DES EXÉCUTIONS. Ferrières, corps et comp. sur l'article 108 de la coutume de Paris, § 1, n° 1. Bourjon, liv. III, tit. III, sect. II, n°s 7, 8. Pothier, *Vente*, n°s 554, 555.

dit-il : *Ex hac lege 3 sumptus est articul.* 108 *consuet. Paris., in his verbis :* UN SIMPLE TRANSPORT NE SAISIT POINT.

Les rédacteurs du Code ont reproduit fidèlement les anciens principes dans l'article 1690. Comme dans le droit romain et l'ancien droit français, le simple transport a bien son effet entre le cédant et le cessionnaire, en ce sens qu'il oblige le cédant à ne rien faire qui puisse nuire aux droits du cessionnaire, et notamment à lui rendre les sommes qu'il aurait touchées[1]. On peut même dire aujourd'hui, en vertu du nouveau principe écrit dans les articles 1138 et 1583, qu'entre le cédant et le cessionnaire, la propriété de la créance est acquise à ce dernier avant toute signification ou acceptation ; mais, comme autrefois, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par son acceptation. Les rédacteurs du Code exigent même que cette acceptation soit faite dans un acte authentique, afin qu'aucune difficulté ne puisse s'élever[2]. Ils ont, en ce point, corrigé leur projet primitif sur les observations des tribunaux. L'article 110 de ce projet était le même que l'article 1689 du Code. Entre le cessionnaire et le cédant, la délivrance s'opère par la remise du titre. « Cependant, était-il dit dans l'article 111, jusqu'à ce que le cessionnaire ait signifié le transport au débiteur, celui-ci peut se libérer envers le cédant, *mais la créance ne peut plus être saisie par les créanciers du cédant qui a été exproprié par le seul fait de son consentement.* »

Ce dernier alinéa consacrait une innovation dangereuse en n'exigeant plus la signification pour investir le cessionnaire vis-à-vis des créanciers du cédant. La signification a un double but :

[1] L. 23, § 1, ff. *De hered. vel. act vend.*, XVIII, 4, et les anciens auteurs cités à la note précédente.

[2] Ils font cesser aussi des divergences d'opinions qui s'étaient élevées dans l'ancien droit. Chopin (*De morb. Paris*, tit. DES ACTIONS PERSONNELLES) voulait que la connaissance du transport équivalût, pour le cédé, à la signification. Despeisses était du même avis, tit. I, *De l'achat*, sect. II, n° 4 3e, t. I. p. 17, édit. de 1750. Il est justement repris par son annotateur, qui nous dit que son opinion n'était suivie dans aucun Parlement. On exigeait, en effet, que l'acceptation fût faite dans un acte authentique ou au moins dans un acte sous seing privé, ayant date certaine, pour qu'elle pût être opposée aux créanciers du cédant. Bourjon, liv. VI, tit. VII, chap. II, n° 7 ; t. II, p. 557 de l'édition de 1770. Pothier, *Procédure civile*, 4e part., chap. II, sect. III, § 6.

celui de prévenir le cédé lui-même qu'il n'a plus désormais affaire au cédant auquel la créance n'appartient plus; mais c'est surtout dans l'intérêt des créanciers du cédant que la signification ou l'acceptation du transport dans un acte authentique est nécessaire. Il faut, quand ils viendront pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du cédé, que celui-ci puisse leur dire s'il est encore débiteur de leur débiteur, ne pas leur laisser faire des frais inutiles. Il faut surtout rendre impossible la fraude qu'un acte sous seing privé, même enregistré, contenant l'acceptation, ne préviendrait pas, puisqu'en le produisant ou en ne le produisant pas, les parties anéantiraient ou feraient valoir la saisie à leur gré, selon le besoin de la cause. On sait que les registres de l'enregistrement ne peuvent suppléer à l'acte sous seing privé au point de vue de la preuve (art. 1336). Partant de là, que pourrait-il arriver ?

Supposons d'abord un acte de cession sous seing privé et l'acceptation faite sur ce titre ou dans un autre acte sous seing privé, les créanciers du cédant font une saisie-arrêt entre les mains du cédé, les actes de cession et d'acceptation, ayant une date certaine que nous supposons antérieure à la saisie, seront produits, la saisie annulée. Si la saisie est pratiquée au contraire par les créanciers du cessionnaire, les actes ne seront pas produits, et la saisie sera encore empêchée.

On a dit, dans les critiques dirigées contre l'article 1690, que la signification ou l'acceptation étaient inutiles quand la cession avait lieu par acte authentique. Mais il faut bien que le cédé soit prévenu et rendu certain du transport pour qu'il sache à qui payer; il faut bien qu'il puisse prévenir un second cessionnaire qui, sur le point de contracter, viendrait lui demander s'il doit et ce qu'il doit au cédant, il faut bien qu'il puisse faire la même réponse aux créanciers du cédant. Or, cédé, créanciers et second cessionnaire peuvent ignorer la cession la plus authentique. Dirons-nous, avec quelques personnes et des arrêts, que la connaissance qu'en aurait acquise le cédé suffira pour l'obliger au moins vis-à-vis du cessionnaire ou des créanciers du cédant. Cette doctrine, qui paraît équitable au premier abord, me semble inadmissible en présence du texte si clair et si formel de l'article 1690 et des motifs qui l'ont dicté. Ce serait retomber dans les difficultés que les rédacteurs de l'article 108 de la cou-

tume de Paris avaient déjà voulu éviter. Les auteurs qui ont écrit sur la coutume depuis la réformation, n'en ont jamais fait question. Ce serait une mine à procès et une inquisition intolérable. On viendrait dire au cédé qu'il connaissait la cession, le même langage pourrait, selon M. Duvergier[1], être tenu aux créanciers du cédant. Pourquoi le cédé ne pourrait-il pas argumenter de sa propre connaissance? on ne saurait le mettre dans une position plus mauvaise que ses adversaires; j'ai payé, dirait-il aux créanciers du cédant, au cessionnaire qui m'avait fait voir son acte de cession ou m'en avait prévenu. La loi veut, dans l'intérêt de tous, pour éviter des procès, et afin qu'aucune difficulté ne puisse s'élever, que la connaissance soit certaine, que la preuve ne puisse disparaître et puisse être faite ou opposée avec certitude par toutes les parties qui en ont besoin; pour cela, elle exige qu'elle soit authentiquement constatée. L'article 111 du projet primitif a été changé, et l'article 1690 du Code qui lui correspond, rédigé tel qu'il est, sur les observations des tribunaux d'appel de Caen, Lyon et Orléans, qui se préoccupaient surtout de l'intérêt des créanciers du cédant[2].

Le cessionnaire n'est saisi, comme le dit formellement l'article 1690, que par la signification ou l'acceptation du transport dans un acte authentique. La signification ou l'acceptation jouent ici le même rôle que la transcription dans les donations et les substitutions, et aujourd'hui, depuis la loi du 23 mars 1855, dans les aliénations immobilières. Elles ne peuvent être remplacées par aucun autre acte[3] et avec raison, je crois du moins l'avoir établi.

Tout l'effet que l'on pourrait accorder à l'acceptation faite dans un acte sous seing privé, serait d'obliger le cédé vis-à-vis du cessionnaire à ne pas payer au cédant, et d'empêcher la compensation, puisque l'acte sous seing privé oblige ceux qui l'ont signé (art. 1322, 1295); mais il n'empêcherait pas les créanciers du cédant de faire une saisie-arrêt valable entre les mains du cédé qui ne peut l'éviter. Il se libérerait, par consé-

[1] *Vente*, II, 209.

[2] Voir la conférence des observations des tribunaux sur le projet de Code civil, 3e partie, p. 537, 554, 562 de l'édition officielle, in-4°, Paris, an X. J'en rapporterai plus bas le contenu.

[3] Comparez art. 942, 1071 et la loi citée.

quent, valablement entre leurs mains, et, pour la même raison, dans celles d'un second cessionnaire qui lui aurait fait signifier son transport. C'est au cessionnaire à s'imputer de n'avoir pas accompli les formalités que la loi lui impose pour son investiture régulière. Le cédé ne payerait une seconde fois que s'il avait dispensé expressément, dans l'acte d'acceptation, le cessionnaire de lui signifier le transport ; il a pris alors à sa charge le risque des événements ultérieurs que pourrait amener le défaut de signification.

§ 3. — Dans l'ancien droit, jamais la signification n'a valu opposition vis-à-vis des saisissants antérieurs qui étaient préférés au cessionnaire.

Maintenant que nous connaissons le but et les effets de la signification, abordons directement notre question.

La signification faite postérieurement à une saisie-arrêt intervenue sur la créance cédée, a-t-elle pour effet de faire concourir le cessionnaire avec le créancier saisissant sur les deniers arrêtés ; en un mot, vaut-elle opposition ? Ainsi, une créance de 3,000 francs est cédée, et, avant la signification ou l'acceptation authentique du transport, une saisie-arrêt pour une somme égale ou supérieure est faite entre les mains du cédé par un créancier du cédant, le cessionnaire viendra-t-il partager avec lui ?

Les principes que nous venons de développer nous conduisent forcément à une solution négative, puisqu'un transport non signifié ni accepté dans les formes n'investit pas le cessionnaire à l'égard des tiers, ne peut être opposé aux créanciers du cédant pour qui il n'existe pas, est non avenu. C'est précisément pour fixer les droits des créanciers saisissants, que la signification ou l'acceptation dans un acte authentique ont été exigés ; jusque-là, la créance est encore pour eux dans le patrimoine de leur débiteur qui fait leur gage : par conséquent, elles ne peuvent porter atteinte au droit qui leur est acquis par la saisie qui a mis sous main de justice, à leur profit, la créance, au moins jusqu'à concurrence des causes de leur saisie.

Aussi, jamais la question n'a-t-elle fait doute dans l'ancien droit, ou plutôt elle ne s'est jamais élevée. Tous les auteurs sont

unanimes pour décider que le saisissant est préféré au cessionnaire, qui ne peut prendre que ce qui reste, le saisissant payé, et est exclu complétement, quand le montant de la créance cédée est égal ou inférieur aux causes de la saisie. Ils ne prévoient pas même que cela puisse faire l'objet d'un doute [1]. Qu'on ne dise pas que cela tient à ce que, dans notre ancien droit, le premier saisissant était préféré aux opposants sur la créance arrêtée. Cela n'était vrai d'abord qu'autant qu'il n'y avait pas déconfiture, que le débiteur avait assez de biens pour désintéresser tous ses créanciers [2], et tous nos anciens auteurs font découler le droit du créancier saisissant, l'exclusion du cessionnaire, du principe que nous venons de poser, on peut voir tous ceux que je viens de citer. Je me contenterai de rapporter le passage de Pothier.

Après avoir dit que la signification dans la vente des créances a le même effet que la tradition dans celle des choses corporelles, tradition nécessaire de son temps, pour en transporter la propriété, il ajoute : « De même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transport qui lui a été fait, le cédant n'est point dessaisi de la créance qu'il a transportée, c'est ce que porte l'article 108 de la coutume de Paris... De là il suit : 2° Qu'avant cette signification, les créanciers du cédant peuvent saisir et arrêter ce qui est dû par le débiteur, dont la dette a été cédée, et ils sont *préférés* au cessionnaire qui n'a pas avant cette saisie et arrêt fait signifier son transport. Le cessionnaire n'a d'action, en ce cas, *que contre son cédant*, savoir : l'action

[1] Charondas, *Pandectes du droit français*, liv. II, chap. XXIX, p. 301, édition de 1637. Bacquet, *Des droits de justice*, chap. XXI, n° 288. Duplessis sur Paris, tit. *Des exécutions*, à la fin, note 3, p. 621, édition de 1754, t. I. Ferrières, corps et comp. sur l'article 108 de la coutume de Paris, § 1, n^os 1 et 2. Observat. de Lecamus sur le même article, n° 3. Legrand sur Troyes, tit. IV, art. 72, n° 68. Arrêtés du p. p. de Lamoignon, tit. *Des transports*, 1re part., p. 326, n° 5, et 2e part., art. 5, p. 179. Bourjon, *De l'extinction des obligations*, 1re part., chap. II, sect. I, n^os 8 et 9; t. II, p. 557, édition de 1770. Despeisses, *De l'achat*, sect. II, n° 4, 3°, t. I, p. 17, édition de 1750. Pocquet de Livonnière, *Règ. du droit français*, liv. V, chap. I, n° 3. Rousseaud-Lacombe, v° TRANSPORT, n° 17. Argou, liv. IV, chap. V, t. II, p. 414, édition de 1746. Pothier, *Vente*, n° 556, et *Traité de la procédure civile*, 4e part., chap. II, § 6. Merlin, *Rép.*, v° TRANSPORT, n° 2.

[2] Voir les articles 178 et 179 de la coutume de Paris et les comment.

ex empto, pour que son cédant *præstet ipsi habere licere*, et en conséquence, ait à lui rapporter main levée des saisies et arrêts, ou lui payer la somme qu'il ne peut toucher [1]. Il donne la même décision au cas où un second cessionnaire aurait signifié sa cession avant le premier.

Ainsi, loin de trouver dans notre ancien droit cette prétendue règle, que la signification vaut opposition vis-à-vis du créancier qui a saisi antérieurement et l'oblige à venir au marc le franc avec le cessionnaire, nous y trouvons tout le contraire.

On a invoqué un arrêt du 8 mars 1760, cité par Denisart dans son *Recueil de jurisprudence*, au mot TRANSPORT, n° 10. Il serait bien étonnant qu'un arrêt eût été rendu contrairement aux principes jusque-là admis sans contestation et au texte de la coutume. Il serait plus surprenant encore de voir les auteurs qui ont écrit après 1760, et qui étaient parfaitement au courant de la jurisprudence du Châtelet et du Parlement de Paris, comme Pothier qui cite Denisart, dans son *Traité de la procédure civile* et même dans son *Traité du contrat de vente* donné en 1762, les annotateurs de Bourjon, Pigeau dans sa *Procédure civile du Châtelet de Paris*, l'auteur de l'article TRANSPORT, dans le *Répertoire* de Merlin, continuer à nous reproduire les principes enseignés par leurs devanciers, sans faire mention de ce changement dans la jurisprudence. Aussi fait-on dire à Denisart ce qu'il ne dit pas du tout. Il dit, en effet, comme tous les autres, au numéro 3, que « tant qu'un transport n'est pas signifié au débiteur, les créanciers du cédant peuvent saisir la dette transportée ; relativement à eux, elle est toujours censée appartenir au cédant, puisque la coutume veut que le cessionnaire ne soit saisi, c'est-à-dire rendu propriétaire, qu'après le transport signifié. » Au numéro 10, il n'examine plus la valeur de la signification vis-à-vis du créancier saisissant antérieur, mais au regard des créanciers qui viennent postérieurement à la signification faire des oppositions, et dit, non pas que la signification vaudra comme saisie, mais *ne* vaudra *que* comme saisie, la saisie antérieure à la signification ayant, d'après l'arrêt qu'il dit avoir

[1] *Vente*, nos 554 et 556. La plupart des autres auteurs ne parlent même pas de ce recours contre le cédant, qui est contestable quand la cession est antérieure à la saisie et que le cessionnaire a négligé de faire une signification qui l'aurait mis à l'abri. Nous discuterons ce point plus tard.

entendu citer, conservé le droit des créanciers postérieurs au transport, nonobstant les offres faites par le cessionnaire, qui reconnaissait bien le droit de préférence du premier saisissant de le payer entièrement.

La question qu'il traite n'est pas celle de savoir si le créancier saisissant a ou n'a pas un droit de préférence sur le cessionnaire, mais celle de savoir si la saisie empêche l'effet de la signification vis-à-vis des opposants postérieurs qu'elle exclurait sans la saisie, question que nous examinerons bientôt.

Il reste donc constant que, dans l'ancien droit, la signification du transport faite après la saisie ne permettait pas au cessionnaire de venir à contribution avec le saisissant, en d'autres termes, ne valait pas opposition contre lui.

§ 4. — La signification ne donne pas, dans le droit moderne, au cessionnaire le droit de venir à contribution avec le saisissant antérieur.

Les rédacteurs du Code ont-ils donc donné un autre effet à la signification que celui qu'elle avait dans l'ancien droit? Non certainement; l'article 1690 est fort clair : le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification, ils se sont même montrés plus sévères dans l'intérêt des créanciers saisissants, puisqu'ils ne se contentent plus d'un acte sous seing privé ayant date certaine, mais exigent que le passage de la créance sur la tête du cessionnaire soit constaté dans un acte authentique à défaut de signification.

Nous nous rappelons la première rédaction de l'article 111 du projet correspondant à notre article. Jusqu'à ce que le transport eût été signifié au débiteur, il pouvait se libérer valablement entre les mains du cédant; mais, y est-il dit, « la créance ne peut plus être saisie par les créanciers du cédant qui a été exproprié *par le fait de son consentement*[1]. » Voici l'observation du tribunal d'appel de Caen : « Le fait du consentement du cédant suffit sans doute pour opérer son expropriation au bénéfice du cessionnaire; mais, si ce fait n'est pas rendu constant par un acte authentique ou par une signification du transport,

[1] Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an VIII.

peut-il *être opposé à un créancier saisissant?* Un acte sous seing privé fait après coup anéantira l'effet des saisies-arrêts, parce qu'il constatera le fait du consentement. Les droits des créanciers peuvent être compromis par des actes *clandestins*. Il faut donc ajouter à cet article : Pourvu que le transport ait été fait par acte authentique ou qu'il ait été signifié au débiteur. »

Le tribunal d'appel de Lyon exige une signification. «L'exploit de cette signification doit être signé par le débiteur, et, en cas d'absence ou de refus, par le juge de paix de son domicile, auquel il en sera laissé copie. Cet acte est trop décisif; ses suites, contre lesquelles il n'y a ni recours ni remède, sont trop importantes pour ne pas prendre cette précaution.

« Dans le droit actuel, observe le tribunal d'appel d'Orléans, la signification du transport peut seule opérer la saisine du cessionnaire, *tant à l'égard des créanciers du cédant* que du débiteur; c'est aussi ce que veut l'article 4 du titre XVIII ci-après (2075 actuel). Rien ne semble nécessiter la distinction établie ici pour le cas de cession [1]. » Ces observations tendent toutes, comme on le voit, à fixer d'une manière certaine le moment de la sortie de la créance du patrimoine du cédant à l'égard de ses créanciers, afin que la cession ne puisse leur être opposée s'ils avaient pratiqué des saisies-arrêts antérieurement à la signification. Elles amenèrent la rédaction suivante : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi, soit par l'acceptation du transport faite par le débiteur présent à l'acte authentique, soit par ladite acceptation contenue dans tout autre acte authentique [2]. » Il suffisait de dire, comme dans la rédaction définitive, que l'acceptation devait être faite dans un acte authentique pour embrasser les deux cas.

Comment a-t-on pu dire, en présence de l'article 1690, que la signification valait opposition, par conséquent, pouvait être opposée au saisissant antérieur pour le faire venir en contribution avec le cessionnaire ? On a ainsi créé une règle nouvelle, inconnue dans l'ancien droit, en présence d'un article qui non-

[1] Conférence des observations des tribunaux sur le projet de Code civil, 3e part., p. 537, 554, 562 de l'édition officielle; in-4°, Paris, imprimerie de la République, ventôse an X.

[2] Locré, t. XVI, p. 47, art. III.

seulement en reproduit les dispositions, ainsi que nous en prévient l'un des rédacteurs[1], mais se montre, dans l'intérêt des créanciers saisissants, plus sévère en exigeant, pour que la créance sorte du patrimoine de leur débiteur, un acte authentique d'acceptation.

Voici à l'aide de quel raisonnement on est arrivé à établir la nouvelle règle que quelques-uns ont cru trouver dans l'ancien droit :

Le cessionnaire qui a payé le prix de sa cession dont l'effet est empêché par des saisies-arrêts, a droit au remboursement de son prix; il est dès lors créancier du cédant, et la signification doit, au moins pour cette créance, avoir l'effet d'une opposition[2]. Mais alors, si le prix n'était pas encore payé, si la cession était le résultat d'une donation, la signification ne vaudrait pas opposition, et nous ne voyons nulle part cette distinction faite dans la loi. M. Duranton, sans distinguer si le prix a été payé ou non, s'appuie sur la garantie due par le cédant au cessionnaire[3]. D'autres disent simplement que la signification vaut opposition à l'égard du saisissant, et donnent au cessionnaire le droit de concourir avec lui, en prenant pour base le montant de la créance cédée ou du moins une somme égale à ce montant[4]. MM. Troplong et Duvergier invoquent aussi l'ancien droit[5], et citent Bourjon et l'opinion des praticiens qu'il rapporterait.

[1] De Maleville, Analyse sur l'article 1690.

[2] Pigeau, *Procédure civile des tribunaux de France*, p. 67, édition de 1826. Cet auteur, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, se contredit. Il commence par établir la proposition suivante : « De ce que le saisi ne peut plus disposer au préjudice des saisissants dérivent les conséquences suivantes : si le saisi cède la créance saisie, le transport ne vaut que pour *l'excédant de ce qui est dû au saisissant;* si la saisie est pour 1,200 francs sur une créance de 1,800 francs, le transport ne vaut que pour 600 francs. » Puis, un peu plus bas, il dit que le cessionnaire peut venir à contribution avec le saisissant pour son prix, s'il l'a payé.

Rauter, *Cours de procédure*, n° 285 *in fine*. M. Duvergier, *Vente*, t. II, n° 200. M. Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 162. Marcadé sur l'article 1691, n° 2, 4°. M. Troplong, *Vente*, t. II, n° 926, le fait venir non-seulement pour son prix, mais pour les dommages-intérêts, bien que d'après l'article 1694 la garantie ne dépasse pas le prix de la cession.

[3] T. XVI, n° 500.

[4] Toullier, VII, 285. MM. Aubry et Rau, 3e édit., § 359 *bis*, t. III, p. 310. M. Flamm, *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 343.

[5] M. Troplong, *Vente*, t. II, n° 902, p. 400, note 3. M. Duvergier, II, 200, note 1.

J'ai fait voir, en m'appuyant sur les passages très-explicites des nombreux auteurs que j'ai cités et de Bourjon lui-même, que la signification n'a jamais valu opposition vis-à-vis du créancier antérieur, toujours préféré au cessionnaire pour le total des causes de la saisie. Bourjon et les anciens praticiens n'ont jamais rien dit que de conforme à ce que j'ai avancé. On va voir, par la lecture des passages invoqués, que MM. Troplong et Duvergier se sont trompés. Il y est question, non pas de faire concourir le cessionnaire avec le créancier qui a fait une saisie avant la signification, qui le prime toujours, mais de savoir si la signification vaudra comme telle vis-à-vis des opposants postérieurs et les exclura, ou si elle *ne* vaudra *que* comme opposition vis-à-vis d'eux, et, par conséquent, leur permettra de concourir avec le cessionnaire, question que nous discuterons aussi, et que Bourjon résout même par la négative.

Voici ce que dit cet auteur dans le passage invoqué par M. Troplong[1].

La section est intitulée : *Comment on entre en possession des droits incorporels cédés.*

VII. « La nature de ces effets rendant la délivrance réelle impraticable, la loi y a pourvu par une certaine mise en possession : nécessité de mise en possession qui milite tant pour les rentes que pour les dettes exigibles et sans laquelle le transport *reste sans effet relativement à des tiers.*

VIII. « On entre en possession de ces droits par la signification du transport, et cette signification doit se faire au débiteur de l'effet cédé, telle mise en possession produit tous les effets d'une possession corporelle.

IX. « Telle signification *ne vaut pas simplement saisie-arrêt*, comme le pensent quelques praticiens, mais saisine et possession de l'effet cédé, et possession légitime ; ce qui est bien plus fort qu'une simple saisie et arrêt.

« Telle est la jurisprudence du Châtelet. »

On voit que quelques praticiens pensaient que la signification ne valait que saisie-arrêt vis-à-vis des créanciers opposants postérieurs, ce que Bourjon et la jurisprudence du Châtelet re-

[1] *Droit commun de la France*, liv. III, tit. III, sect. II, t. I, p. 465, édition de 1770.

poussent. Mais il n'y est pas dit du tout que la signification *vaut* saisie vis-à-vis du saisissant antérieur. Bourjon dit positivement le contraire dans deux autres passages, et précisément dans celui que M. Duvergier invoque[1].

Le voici. La distinction est intitulée : *Du droit des saisissants sur le cédant avant la signification du transport et de la préférence entre deux cessionnaires.*

VIII. « Jusqu'à la signification du transport d'une dette exigible, la dette cédée est toujours censée appartenir au cédant ; c'est cette signification qui le dépossède et qui saisit le cessionnaire. De là il suit que s'il survient des saisies sur le cédant avant la signification, les *saisissants touchent nonobstant le transport.*

IX. « Pour savoir ce que les saisissants touchent nonobstant le transport, il faut distinguer si la dette est exigible ou non[2]. Au premier cas, ils la touchent *jusqu'à concurrence de leurs créances*, dans le cas qu'elle est plus forte que ce qui leur est dû, *et en totalité*, si elle est plus faible ; l'antériorité de leurs saisies sur la signification du transport leur donne *ce droit de préférence*, et cela aurait lieu encore que la somme cédée ne fût pas actuellement exigible, et qu'il y eût terme pour le payement d'icelle, parce que le débiteur aurait pu se libérer nonobstant le terme, *la préférence qui résulte de l'antériorité des saisies milite toujours contre le cessionnaire.* Voilà pour le cas d'une dette mobilière, et cela résulte de la disposition de la coutume.

« Je l'ai entendu juger ainsi au parc civil, plaidant Me Forestier. »

Il n'est guère possible d'être plus explicite en sens contraire de l'opinion à l'appui de laquelle ce passage est invoqué. Si nous allions plus loin, au titre des exécutions, nous verrions

[1] Liv. VI, tit. VII, chap. II, sect. 1, dist. 2, t. II, p. 557.

[2] Le mot *non exigible* n'est pas pris ici dans le sens d'une dette qui serait née, mais dont le terme ne serait pas encore échu, comme Bourjon l'explique lui-même, mais pour une dette qui ne serait pas encore née, comme celle de loyers, fermages ou arrérages à échoir, dont il parle dans la fin du numéro 8. Nous verrons, en effet, que la cession de ces dettes futures, signifiée, pas plus que leur saisie, ne donnait de droit d'antériorité au cessionnaire ou au saisissant, afin qu'un débiteur malintentionné ne pût, en s'entendant avec un créancier ou un cessionnaire, mettre ses revenus à couvert. Voir n° 10.

Bourjon, traitant des saisies-arrêts, reproduire encore la même doctrine et nous apprendre de plus que la signification annulait toutes les oppositions faites postérieurement. Mais n'anticipons pas; cette seconde question, que les auteurs modernes résolvent pour la plupart en sens inverse, et qui, par suite, a donné lieu aux difficultés que nous savons, sera de notre part l'objet d'un examen très-attentif aussi.

Il résulte donc, de celui auquel nous venons de nous livrer, que, loin de trouver dans l'ancien droit que la signification vaut saisie ou opposition vis-à-vis des créanciers dont les saisies sont antérieures, nous y trouvons la règle inverse unanimement reconnue et établie par les auteurs et la jurisprudence.

Revenons maintenant aux autres arguments invoqués par les auteurs modernes. Le cessionnaire est créancier de son prix s'il l'a versé, selon les uns; il est créancier à titre de garantie selon les autres, ou enfin, du montant de la créance cédée. N'était-il donc pas dans la même position dans l'ancien droit? Nos anciens auteurs n'ont-ils donc pas prévu et réglé ce cas? Ils disent formellement que le saisissant sera préféré, prendra tout le montant des causes de la saisie, que le cessionnaire ne peut rien prendre dessus en vertu de l'obligation de garantie qui comprend la restitution du prix. Ils ne lui accordent qu'un recours contre le cédant sur les autres biens, et lui font supporter son insolvabilité s'ils ne sont pas suffisants. Pourquoi? parce que le cessionnaire n'est saisi que par la signification, que la cession dès lors n'existe pas pour le créancier qui a saisi antérieurement. Pour lui, il n'y a pas de cession, elle ne saurait donc lui être opposée. Jamais, je ne saurais trop le répéter, cela n'a fait doute dans l'ancien droit[1]. Pourquoi donc en serait-il autrement aujourd'hui, puisque les rédacteurs du Code ont, quant aux effets de la signification vis-à-vis des créanciers du cédant, reproduit exactement les principes de l'ancien droit dans l'article 1690? « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. » Donc, il ne peut opposer aux créanciers qui ont saisi antérieurement une cession qui n'existe pas pour eux.

[1] Pothier, *Vente*, 556. *Procédure civile*, 4e part., chap. II, sect. 3, § 6, et les auteurs cités à la note 1, p. 471.

Mais, dit-on, il ne leur oppose pas la cession, il ne se présente pas comme cessionnaire, mais comme créancier. Ne jouons pas sur les mots. En vertu de quoi est-il créancier du cédant? En vertu de la cession, car autrement il n'aurait aucun droit. En quelle qualité se présente-t-il à la distribution? En qualité de cessionnaire pour le montant de son prix ou de l'obligation de garantie qui découle de la cession. Quelle est la cause de sa créance? La cession, elle n'en a pas d'autre; quel est le titre qu'il emploie pour se faire admettre à la distribution? L'acte de cession qu'il signifie. Comment dès lors peut-on dire qu'il ne fait pas valoir sa cession contre le saisissant, quand il vient partager avec lui, au marc le franc, les causes de sa saisie? Mais en disant que la signification de la cession vaut opposition, on dit assez que le cessionnaire oppose sa cession au premier saisissant, la fait valoir contre lui. Sans cette cession, le créancier saisissant, s'il était seul, prendrait le montant intégral des causes de sa saisie et aurait droit au total de la créance si elles l'égalaient; il perd moitié par l'effet de la cession, et, cependant, cette cession n'existe pas pour lui, ne peut lui être opposée, lui nuire aux termes de l'article 1690.

Dira-t-on qu'elle commence à exister du jour de la signification, que le saisi est libre, en créant de nouvelles dettes postérieurement à la saisie-arrêt, de faire venir de nouveaux créanciers sur la créance arrêtée pour enlever une portion contributoire au créancier saisissant, ce qui implique forcément que la signification vaut opposition? On a fait, en effet, le raisonnement suivant. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2092), tant qu'ils appartiennent au débiteur, ils restent dans cette condition que la saisie ne change pas; les derniers créanciers viennent à contribution avec ceux dont les créances existaient avant la saisie, s'ils ne sont privilégiés (art. 2093); les créanciers saisissants n'ont que l'action paulienne pour faire tomber les nouvelles créances en cas de fraude. Dans une saisie-arrêt, d'ailleurs, les créanciers, pour former opposition, n'ont pas besoin de titres ayant date certaine, ils n'ont même pas besoin de titres (art. 557, 558, Code de proc.[1]).

[1] Pigeau, *Procédure civile des tribunaux de France*, t. II, p. 67. Cet au-

Je nie d'abord cette première proposition. Il est bien vrai que les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers qui ont suivi sa foi, sans prendre la précaution de faire garantir leurs créances par un nantissement ou une hypothèque, lorsque la loi d'ailleurs n'y attache pas un privilége. Mais quand le créancier, qui jusque-là avait suivi la foi de son débiteur, trompé dans son attente, pratique une saisie sur les biens de ce débiteur, met son gage sous la main de justice afin d'être payé des deniers qui en proviendront, il cesse de suivre sa foi, il lui retire, comme le dit très-bien M. Mourlon, le pouvoir qu'il lui avait laissé d'en disposer pour l'empêcher précisément de faire désormais des actes qui lui seraient préjudiciables. Tel est l'effet de toutes les saisies ; on comprend qu'il serait trop facile de les rendre illusoires s'il était permis au débiteur de disposer des biens qu'elles frappent. Tout le monde convient qu'il ne pourrait porter atteinte aux droits des saisissants en disposant par voie d'aliénation, il en disposerait indirectement en faisant naître de nouvelles créances qui donneraient pour gage aux nouveaux créanciers les biens saisis, et par là leur permettrait d'enlever aux saisissants une portion du gage que la saisie a précisément pour but de mettre hors de la disposition du débiteur. Quelle raison y a-t-il de distinguer entre les actes d'aliénation et de nouvelles obligations, puisque ces deux actes aboutissent au même résultat pour le préjudice causé au saisissant? Qu'un créancier nouveau vienne lui enlever moitié des causes de sa saisie ou qu'un acquéreur vienne lui enlever moitié des biens saisis, le résultat sera le même pour lui. Voilà ce qu'indique l'équité que le législateur ne pouvait méconnaître, aussi trouvons-nous des textes formels. C'est ainsi que dans une saisie

teur se contredit encore ici, car il pose en principe, p. 63 et 64, « que si la dénonciation est faite dans le délai, la créance cédée est affectée tout entière au payement du saisissant. » Et p. 66 et 67, « que le saisi ne peut recevoir ni disposer au préjudice des saisissants. » (Argument des art. 1242, 1298, C. Nap.) « De ce que le saisi ne peut disposer au préjudice des saisissants dérivent les conséquences suivantes : 1° si le saisi cède la créance saisie, le transport ne vaut que pour l'excédant de ce qui est dû au saisissant. » Si donc la saisie est pour la totalité de la créance, la cession est non avenue, et le cessionnaire ne doit pas venir partager la cause de la saisie. Rauter, *Cours de procédure civile française*, n° 285. M. Flamm, *Revue critique*, 1854, t. IV, p. 342 et 343.

immobilière les aliénations faites à partir de la transcription de la saisie sont nulles, à moins qu'il n'y ait somme suffisante consignée pour désintéresser les saisissants et les créanciers hypothécaires (art. 686, 687, C. de proc.); par suite, les obligations du débiteur qui tendraient à porter atteinte aux droits des saisissants seront aussi annulées; c'est par application de ce principe qu'ils peuvent faire annuler les baux qui n'ont pas date certaine avant le commandement (art. 684, C. de proc.).

En nous renfermant dans notre matière, les articles 1242 et 1298 du Code Napoléon nous font voir clairement que le saisi ne peut faire naître des créances qui porteraient atteinte aux droits créés par la saisie-arrêt au profit des saisissants; puisqu'il ne peut pas recevoir lui-même, toucher les deniers arrêtés, comment pourrait-il donner ce droit à un autre? La créance qui naîtrait même en dehors du fait du saisi, par suite de l'ouverture d'une succession, par exemple, ne donnerait pas au tiers saisi héritier et comme tel créancier du saisi, le droit de retenir la moindre somme au préjudice du saisissant (art. 1298).

La loi ne faisant aucune distinction, puisque le gage est sous main de justice, au profit des saisissants, il ne me paraît pas même que l'on doive excepter les dettes provenant de délits, comme quelques personnes le veulent. C'est toujours laisser au saisi un moyen de préjudicier aux droits des saisissants. Ces créanciers, comme l'observe M. Mourlon, seront dans la même position que les créanciers d'un insolvable ou de celui dont les biens seraient hypothéqués pour une somme égale ou supérieure à leur valeur. Si les créanciers antérieurs à la saisie peuvent venir se joindre au premier saisissant, et au moyen de leurs oppositions partager le gage, c'est qu'ayant un droit semblable au sien, ce gage leur est commun[1].

Si nous supposons les causes de la saisie-arrêt égales au montant de la créance arrêtée, comment le saisi qui ne peut pas en toucher un centime pourrait-il, au moyen d'une cession, arriver à toucher, par l'intermédiaire d'un cessionnaire, ou à lui faire toucher, même de très-bonne foi, moitié de la somme arrêtée,

[1] Carré et Chauveau, quest. 1951 *bis*. Thomine, t. II, p. 63. Boitard, *Leçons sur le Code de procédure*, art. 579, n° 358. M. Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 171 et suiv.

qu'il se présente comme créancier du prix de la cession ou autrement?

L'aliénation du bien saisi, de la créance, dans l'espèce, est nulle, de l'avis de tout le monde, la cession ne peut donc être opposée au saisissant, et pourtant on la fait valoir pour lui enlever moitié de ce qui lui revient. J'emprunte encore cette remarque à M. Mourlon[1]; seulement, je vais plus loin que lui, j'applique la même solution au cas d'une cession antérieure à la saisie qui n'aurait été signifiée que postérieurement, car l'article 1690 et les motifs sur lesquels il repose ne permettent pas de faire de distinction. Le cessionnaire n'étant saisi de la créance, la cession ne pouvant avoir d'effet contre les tiers que par la signification et du jour de la signification, elle n'existe pour eux que de ce jour. Or, s'il est vrai, comme on l'admet, que les droits nés après la saisie ne peuvent nuire au saisissant, le cessionnaire ne peut faire valoir sa cession contre lui. C'est précisément ce qu'a voulu le législateur en écrivant l'article 1690, ce qu'emportait déjà la règle : simple transport ne saisit point, écrite dans la coutume de Paris. Un créancier ferait une cession qui serait inconnue de ses créanciers, et signifiée pour le besoin de la cause après une saisie, le saisi s'entendant avec le cessionnaire qui viendrait concourir avec le saisissant. Boitard a mis ces points en lumière avec son admirable talent[2]. Cela résulte assez, du reste, des observations des tribunaux que nous avons rapportées.

Je ne sais pas non plus jusqu'à quel point il est vrai de dire que le cessionnaire est créancier du cédant par voie de garantie. Que garantit le cédant? l'existence de la créance cédée (art. 1693); il ne garantit la solvabilité du cédé qu'autant qu'il s'y est engagé expressément (art. 1694). La créance existe, le cédé est solvable, nulle saisie au moment de la cession n'empêchait le cessionnaire de faire utilement sa signification ; s'il est négligent, ne signifie pas, le cédant doit-il être responsable de cette négligence? L'équité ne permet pas de le déclarer responsable. Il est dans une position plus favorable que le vendeur d'un immeuble qu'un tiers serait en train de prescrire, puisqu'il y a

[1] *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 173.

[2] *Leçons sur le Code de procédure civile*, art. 579, n° 358. Voir, dans le même sens, Thomine, t. II, p. 63. Carré et Chauveau, quest. 1951 *bis*, 4°. Cass., 19 janvier 1820. *Journal des avoués*, t. XIX, p. 365.

déjà ici, au moment de la vente, un fait antérieur, un droit de possession acquis à un tiers sur l'objet vendu ; et l'on convient cependant que le vendeur n'est pas garant de la prescription que l'acheteur a négligé d'interrompre, à moins qu'elle ne se soit accomplie à une époque tellement rapprochée de la vente, que l'acheteur n'ait pas eu le temps moralement nécessaire pour l'interrompre[1].

Lorsque la cession est faite postérieurement à la saisie, le principe même du droit du cessionnaire appuyé sur la garantie disparaîtrait, si, en achetant, il connaissait la saisie (art. 1626 et 1629).

L'opinion de ceux qui voudraient le faire participer comme cessionnaire à la distribution des deniers arrêtés, ne peut se soutenir, car, pour pouvoir pratiquer une saisie-arrêt ou y prendre part par voie d'opposition, il faut être créancier du saisi et non du tiers saisi.

Ainsi donc, aujourd'hui, comme autrefois, la signification de la cession faite après la saisie-arrêt ne peut valoir opposition vis-à-vis des saisissants. On ne saurait l'admettre sans violer le premier des trois principes que l'on prétend concilier, principe écrit dans l'article 1690, consistant en ce que la cession non signifiée n'a pas d'effet à l'égard des tiers.

Les huit premiers systèmes, qui admettent le cessionnaire à concourir sur les causes de la saisie avec le créancier saisissant, doivent être rejetés. Le cessionnaire ne peut venir prendre que ce qui restera de la creance, les saisissants antérieurs à la signification payés. Dans l'hypothèse que nous avons prise, le premier saisissant ayant arrêté 1,500 francs, le cessionnaire ne peut avoir de droit que sur les 1,500 francs restant de la créance de 3,000.

L'opposant postérieur à la signification viendra-t-il partager avec le premier saisissant ? Le cessionnaire qui ne peut opposer sa cession à ce dernier, sera-t-il obligé de lui rendre ce que l'opposant lui aura enlevé, en tout, ou dans une certaine proportion ?

On comprend que la solution négative de la première question entraîne forcément celle de la seconde dans le même sens.

[1] M. Troplong, *Vente*, I, 425. M. Duvergier, *Vente*, I, 314. MM. Aubry et Rau, 3e édition, § 355, t. III, p. 263.

Je suivrai, dans l'examen que j'en vais faire, la même méthode que pour la question précédente, en remontant d'abord à l'ancien droit.

§ 5. — La signification du transport valait comme telle dans l'ancien droit, et non simplement comme opposition vis-à-vis des créanciers opposants postérieurs qu'elle excluait, un seul cas excepté.

Nul doute que la signification faite avant toute saisie n'empêche celles qui seraient faites postérieurement. Cela n'a jamais été contesté ; la signification, investissant le cessionnaire de la créance, la fait sortir du patrimoine du cédant, qui n'est plus créancier du cédé, la base de la saisie-arrêt manque.

Mais si une saisie-arrêt a été pratiquée avant la signification, elle a été valablement faite ; il s'agit de savoir si elle rend valables les oppositions faites postérieurement à la signification du transport, de manière à ce que les opposants puissent venir sur la totalité de la créance, soit au moins en concurrence avec le premier saisissant, sur les causes de la saisie, pour une part plus ou moins grande, et si, dans ce cas, le cessionnaire devra indemniser le premier saisissant du préjudice que lui causent les oppositions, par suite de la validité de la signification vis-à-vis des opposants, le cessionnaire prélevant à leur encontre le surplus des causes de la saisie.

Dans l'ancien droit, la signification rendait nulles les oppositions formées postérieurement ; le saisissant prenait les causes de sa saisie, et le cessionnaire le surplus de la créance, s'il restait quelque chose ; par conséquent, la première question ainsi résolue empêchait de poser la seconde : aussi n'en trouvons-nous pas trace dans nos anciens auteurs. Ils nous disent tous que la signification empêche la saisie ou l'opposition, sans distinguer s'il y a eu ou non une saisie précédente.

La signification fait sortir la créance du patrimoine du cédant à l'égard des saisissants postérieurs, et ne vaut pas simplement opposition, comme on l'a dit et comme le voulaient certains praticiens, ainsi que nous l'apprend Bourjon dans un passage déjà cité, « mais saisine et possession de l'effet cédé et possession

légitime : ce qui est bien plus fort qu'une simple saisie-arrêt. » Telle est la jurisprudence du Châtelet [1].

Puis, dans la partie de son ouvrage où il traite de la saisie-arrêt, sous la rubrique : *Comment concourt le cessionnaire avec les saisisssants, et des cas ès quels il est privilégié à eux,* il répète que « la signification d'un transport est beaucoup plus efficace qu'une simple saisie-arrêt, elle opère saisine et possession légale de la créance cédée...

« De cette saisine, il s'ensuit que si l'effet cédé est le contenu en un billet ou une obligation, toutes saisies faites sur le cédant depuis la signification du transport sont *inutiles*, et n'empêchent pas le cessionnaire de toucher en vertu de son transport. Il était propriétaire avant la saisie ; mais les saisies-arrêts antérieures à cette signification, et faites sur le cédant par ses créanciers, produisent tout leur effet en leur faveur contre le cessionnaire, nonobstant la signification de son transport, c'est par cette distinction que se règlent les droits des uns et des autres.

« Tel est l'usage du Châtelet, qui a sa racine dans la coutume [2]. »

Je n'ai, dans aucun de nos anciens auteurs, trouvé les oppositions postérieures validées et les opposants admis à concourir avec le cessionnaire ou avec le saisissant, si ce n'est dans un cas exceptionnel, auquel nous arriverons tout à l'heure.

On cite comme établissant le système contraire, et admettant à concourir les opposants postérieurs à la signification avec le saisissant et le cessionnaire, un arrêt du 8 mars 1760, qui a servi de point de départ à ceux qui soutiennent cette doctrine et veulent que la signification, quand il existe une première saisie, ne vaille que comme opposition vis-à-vis des opposants postérieurs. Il en est fait mention dans le *Recueil de jurisprudence* de Denisart, au mot TRANSPORT, n° 10.

Voici le passage : « Le transport d'une créance n'est valable que quand celui qui la cède en est propriétaire ; si elle était saisie à la requête de ses créanciers, le transport signifié ne vaudrait que comme saisie. Me Jouhannin, plaidant une semblable question, a cité et même, je crois, lu un arrêt, qu'il a

[1] Liv. III, tit. III, sect. II, n° 9, t. I, p. 465, édition de 1770.

[2] Liv. VI, tit. VIII, *Des exécutions*, chap. I, sect. VI, dist. 4, nos 40 et 41, t. II, p. 676.

daté du 8 mars 1760, par lequel il a dit avoir été jugé qu'une saisie faite pour une somme de 180 livres entre les mains d'un débiteur de 40,000 livres antérieurement à la signification du transport de cette dernière somme, avait conservé le droit des créanciers saisissants postérieurement au transport, nonobstant les offres faites par le cessionnaire de payer le saisissant antérieur à la cession (probablement à la signification) du transport. » Il en résulterait que tous viendraient au marc le franc. Je crois avoir prouvé que le cessionnaire ne pouvait opposer sa cession au saisissant antérieur : ce que Denisart lui-même dit dans son numéro 3, la créance pour lui n'étant pas sortie du patrimoine du cédant. Reste la question de savoir si la signification ne vaut que comme saisie vis-à-vis des opposants.

S'il en était ainsi, l'arrêt de 1760, dont Denisart ne nous rapporte pas les termes, qu'il n'est même pas sûr d'avoir entendu lire, aurait été rendu contrairement à l'opinion reçue, à la jurisprudence attestée par Bourjon, il en aurait inauguré une nouvelle. Comment se fait-il alors que nous ne rencontrions pas cette nouvelle théorie dans les décisions judiciaires rendues et les ouvrages écrits après 1760 ? L'ancienne théorie continue à y être appliquée.

Je prends d'abord Pothier dans le dernier ouvrage sorti de sa plume, son *Traité de procédure civile*. Il traite de la saisie-arrêt dans la 4e partie, chap. II, sect. III, et avait Denisart sous les yeux, puisqu'il le cite à la fin du paragraphe 2.

Le paragraphe 6 est intitulé : *De la préférence entre les créanciers arrêtants et ceux par transport*. Il commence par établir que le cédant reste propriétaire de la créance jusqu'à la signification ou l'acceptation ; que, par conséquent, le créancier qui la saisira sera préféré au cessionnaire. « Que si, au contraire, le cessionnaire d'une créance échue a fait signifier ou accepter son transport avant les saisies-arrêts des créanciens du cédant, il faudra donner congé de leur saisie-arrêt ; ce qu'ils ont arrêté ayant cessé d'appartenir au débiteur. »

Et que l'on ne dise pas que Pothier raisonne dans la seule hypothèse où il n'y aurait pas une saisie antérieure à la signification et des oppositions postérieures. Il n'aurait pas manqué de nous signaler cette exception aux effets de la signification, mais nous allons voir plus loin qu'il examine cette hypothèse.

Pigeau, dans son premier ouvrage intitulé : *la Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions du royaume*, publié en 1779, t. Ier, p. 646, tient le même langage. Il y a mieux : dans la nouvelle édition de Denisart, donnée par Camus et Bayard [1], à laquelle plusieurs avocats travaillaient, Pigeau, chargé du mot CESSION [2], devait nécessairement s'occuper de l'arrêt de 1760, signalé au numéro 10 de l'ancienne édition. Se plaçant donc dans l'hypothèse d'une saisie antérieure à la signification et d'oppositions faites postérieurement, il nous dit positivement que les créanciers opposants « n'ont plus de droits, quand même il y aurait d'autres créanciers qui eussent formé opposition (avant la signification), ceux-ci ne conservent que pour eux. On a cependant parlé dans les précédentes éditions, au mot TRANSPORT, d'un arrêt du 8 mars 1760 comme ayant jugé le contraire ; mais il a été sûrement rendu dans des circonstances particulières, autrement il serait contraire à la règle, que les poursuites d'un créancier ne conservent que ses droits ; par rapport aux autres créanciers, ces poursuites sont *res inter alios acta*. » Il répète, à propos de cet arrêt, la même chose dans le passage de son nouvel ouvrage que j'ai cité à la note 2.

Ainsi donc la signification, comme le dit Bourjon, qui atteste que telle était la jurisprudence, valait plus qu'opposition, mais saisine vis-à-vis des créanciers qui ne saisissaient ou ne faisaient opposition qu'après. Elle les excluait, sans distinguer s'il y avait ou non une saisie antérieure, distinction que nous ne trouvons nulle part ailleurs que dans Denisart.

Comment d'ailleurs, abstraction faite de l'effet de la signification, admettre la contribution au marc le franc, dans une législation qui donnait un droit de préférence aux créanciers dans l'ordre de leurs saisies ou oppositions ? il faudrait supposer qu'il y avait déconfiture, ce que Denisart ne nous dit pas.

Il y avait cependant un cas dans lequel la signification du transport ne valait que comme saisie ou opposition, et n'empêchait pas les créanciers qui n'avaient formé leurs oppositions

[1] Paris (1783-1790), 9 v. 4°. Les changements survenus dans la législation ne permirent pas aux nouveaux éditeurs de terminer ce recueil, qui s'arrête au mot HYPOTHÈQUE.

[2] Ainsi qu'il nous l'apprend dans son nouvel ouvrage sur la procédure civile moderne, t. II, p. 65, édition de 1826.

qu'après, de venir en concurrence avec le cessionnaire et même avec le créancier qui aurait saisi antérieurement à la signification, qu'il y eût ou non déconfiture. Cette exception, introduite par la jurisprudence, nous est signalée par ceux de nos anciens auteurs qui ont écrit les derniers sur la matière. Elle avait lieu quand la cession portait sur des arrérages de rentes, loyers, fermages, non encore échus au moment de la signification, c'est-à-dire sur une créance qui n'était pas encore née.

Voici ce que nous en dit Pothier dans le passage que je viens de citer :

« Observez aussi que la signification et l'acceptation du transport ne peuvent saisir le cessionnaire de la créance qui lui est transportée, que lorsqu'elle lui est échue, car il n'est pas possible, *per rerum naturam*, d'être saisi de ce qui n'existe pas encore ; lors donc que quelqu'un a cédé des arrérages, loyers ou fermes à échoir, le cessionnaire, quoiqu'il en ait fait signifier le transport, ou qu'il l'ait fait accepter par son débiteur, n'en est saisi qu'au moment de l'échéance, qui arrive après la signification du transport. »

Et un peu plus loin, après avoir dit que la signification, dans le cas de transport d'une créance ordinaire, excluait les oppositions postérieures, faisant allusion au passage que nous venons de rapporter, il continue en disant : « Si le débiteur a fait transport de quelque créance qui n'était pas encore échue, la signification et l'acceptation du transport n'empêchent point les créanciers du cédant de l'arrêter jusqu'à ce qu'elle soit échue, et, en ce cas, ils viennent par concurrence au marc la livre avec le cessionnaire, qui a signifié ou fait accepter son transport avant l'échéance, cette signification ou acceptation *n'équipolle en ce cas qu'à un arrêt*. »

Bourjon, dans le dernier passage que j'ai cité de lui, après avoir établi que les seules saisies antérieures à la signification étaient valables et les opposants postérieurs exclus, nous dit qu'il en est autrement pour la cession d'arrérages, loyers et fermages non échus, que telle était la jurisprudence, parce que, « autrement, un débiteur, sans se dépouiller de la propriété, pourrait mettre ses revenus à couvert de la poursuite de ses créanciers[1]. » Elle s'était formée, dit-il, sur la commune opi-

[1] Liv. VI, tit. VIII, chap. I, sect. VI, dist. 4, n° 42, t. II, p. 676, et liv. VI,

nion, c'était pour ce cas que l'on disait : *Signification vaut saisie ou opposition.*

Il est permis de penser que l'arrêt que Denisart dit simplement avoir entendu citer n'était qu'une application de cette jurisprudence, les 40,000 livres formaient le capital d'une rente, dont les arrérages étaient saisis pour 180 livres. Autrement, il aurait été rendu contrairement aux principes unanimement appliqués avant et après 1760[1].

§ 6. — Aujourd'hui, comme autrefois, la signification ne vaut pas simplement opposition vis-à-vis des créanciers qui font postérieurement des oppositions qu'elle rend nulles. — Ils ne peuvent venir à contribution ni avec le premier saisissant ni avec le cessionnaire.

Nous avons vu, dans l'exposé des divers systèmes qui se sont produits de nos jours sur le règlement des droits du cessionnaire et des créanciers saisissants, le principe, que la signification ne vaut que comme opposition vis-à-vis des créanciers opposants postérieurs à la signification, généralement repoussé. Il n'est admis que dans l'un d'eux, le premier, abandonné depuis longtemps, et n'a pas eu d'écho dans la doctrine. Mais dans la plupart des systèmes émis, on admet les opposants à venir partager les causes de la première saisie, ou seulement le dividende qui revient au premier saisissant, dans des proportions diverses. On y oblige aussi, assez généralement, le cessionnaire à lui rendre une certaine somme qui varie, pour l'indemniser du préjudice que ce concours lui fait éprouver, la signification ne pou-

tit. VII, chap. II, sect. 1, dist. 2, n° 10, p. 555, 558. Voir aussi Pigeau, *Procédure civile du Châtelet*, t. I, p. 647.

[1] Pigeau, dans le passage que je viens de citer à la note précédente, nous indique encore l'application d'une maxime qui avait cours chez les praticiens. Elle était juste et a bien pu être confondue avec celle que l'on invoque aujourd'hui. « Lorsque la délégation est imparfaite, c'est-à-dire lorsqu'elle ne contient qu'une simple indication, elle ne transmet pas la propriété de la créance à celui à qui elle est faite, laquelle créance reste toujours au délégant, sur qui ses créanciers peuvent la saisir. C'est de cette espèce de délégation que les jurisconsultes et les praticiens disent que *délégation ne vaut que saisie*... Cela fait assez voir qu'il en est autrement de la signification du transport. »

vant lui nuire. Quelques-uns laissent au cessionnaire la somme entière qu'ils lui allouent, tout en admettant l'opposant à venir prendre une partie de la somme arrêtée par le premier saisissant.

Sur quoi repose le concours de l'opposant retardataire avec le premier saisissant? Les uns l'appuient sur ce que la saisie, même pratiquée pour une somme moins forte que le montant de la créance arrêtée, la mettait pour le total sous la main de justice, tant au profit des saisissants que des créanciers qui pourraient plus tard faire des oppositions. Cette opinion, qui se trouve en contradiction avec l'article 559 du Code de procédure, paraît abandonnée aujourd'hui. C'est en vain qu'on a dit pour la ressusciter que le législateur n'avait exigé l'énonciation des causes de la saisie dans l'exploit que pour permettre au saisi d'avoir main-levée en désintéressant le créancier. Celui qui fait une saisie-arrêt pour 1,500 francs n'arrête que 1,500 francs, sa saisie ne peut avoir d'effet au delà, puisqu'il sera forcé de donner main-levée, si les 1,500 francs lui sont payés.

Partant de là, on a dit en second lieu : Il y a 1,500 francs d'arrêtés, arrive une signification valable vis-à-vis des créanciers qui feraient des oppositions après, mais si ces oppositions ne sont pas valables vis-à-vis du cessionnaire, elles le sont vis-à-vis du saisissant, car il y a une autre règle dans notre procédure actuelle, c'est que la priorité dans une saisie ne donne point de droit de préférence à celui qui l'a pratiquée, les saisissants et les opposants viennent tous au marc le franc, à moins qu'il n'y ait parmi eux des privilégiés (art. 2093, C. Nap.; 579, C. de proc.).

C'est le dernier des trois principes énoncés en tête de cet article que les divers systèmes présentés ont pour but de concilier avec les deux autres. Mais, loin de le concilier avec les deux autres, on viole l'un des deux premiers en obligeant le premier saisissant à venir en contribution avec l'opposant retardataire. Reprenons l'hypothèse sur laquelle nous avons raisonné. Un créancier fait une saisie-arrêt pour 1,500 francs sur une créance de 3,000 ; la signification est faite par le cessionnaire, survient une opposition pour 1,500 francs. S'il n'y avait pas de signification, le premier saisissant prendrait 1,500 francs, elle lui fera donc perdre tout ce que l'opposant viendra lui enlever, contrai-

rement au premier principe, qui s'oppose à ce qu'une signification faite après la saisie puisse nuire au saisissant. Si vous lui faites rendre par le cessionnaire ce que l'opposant lui enlève, vous violez le second principe, en vertu duquel une opposition ne peut nuire au cessionnaire, quand elle arrive après la signification (art. 1690).

Sans doute, les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, mais ils ne forment plus ce gage, lorsqu'ils sont sortis de son patrimoine. Il est vrai encore que les opposants ont le droit de concourir avec les créanciers saisissants, mais c'est quand leurs oppositions sont valables; or, elles ne le sont plus, faites après la signification du transport, comme le disaient déjà nos anciens auteurs. C'est ce que je vais essayer de démontrer.

Le créancier saisissant n'arrête sur la créance saisie que la somme pour laquelle il fait sa saisie, 1,500 francs dans l'espèce, il n'agit que dans son intérêt, qui est la mesure de son droit. L'opposition, faite après la signification qui investit le cessionnaire, arrive sur une créance qui ne fait plus partie du patrimoine du débiteur à l'égard de l'opposant. C'est ce que tout le monde admet, quand il n'existe pas de saisie antérieure. Mais, dit-on, les 1,500 francs arrêtés par cette saisie n'appartiennent pas au cessionnaire, ils sont sous main de justice, les opposants doivent y prendre part. Non, ils ne peuvent profiter de la diligence du premier saisissant qui n'a agi que dans son intérêt; ils ne peuvent obtenir par le fait d'autrui ce qu'ils n'obtiendraient pas s'ils étaient seuls. Si la première saisie n'existait pas, la leur n'aurait aucune valeur; pourquoi seraient-ils mieux traités? quand il y a un créancier saisissant, peuvent-ils exciper de son droit; a-t-il agi dans leur intérêt; ne pouvait-il pas donner mainlevée; n'était-il pas forcé de la donner, si on l'avait payé? Il suffisait pour cela d'un mot du saisi au tiers saisi, le cessionnaire lui-même pouvait le désintéresser. Il était donc maître et seul maître d'une position qu'il était libre d'abandonner. La signification investissant le cessionnaire de la créance entière vis-à-vis de tous autres que le saisissant (art. 1690), cet abandon n'aurait pu profiter qu'au cessionnaire auquel il était libre de le faire; des oppositions postérieures ne peuvent porter atteinte au droit de ce dernier.

Le saisissant n'enlève d'ailleurs rien aux opposants, puisque, sans sa saisie, de l'aveu de tout le monde, ils n'auraient droit à rien, la signification donnant toute la créance au cessionnaire. Ce qu'il prend, il l'enlève au cessionnaire, les opposants n'ont donc rien à lui réclamer, il leur répondrait avec raison : *Si vinco vincentem te a fortiori te vincam*. Il a agi dans son seul intérêt.

A cela on peut objecter et on a objecté que si les opposants ne peuvent profiter de la diligence du saisissant, celui-ci ne peut pas profiter non plus de leur négligence. C'est un argument que l'on retrouve souvent dans d'autres matières, notamment à propos de la séparation des patrimoines pour les créanciers du défunt qui ne se sont inscrits qu'après les six mois de l'ouverture de la succession, quand des hypothèques ont été concédées par l'héritier à ses propres créanciers, et qu'un autre créancier du défunt a pris inscription dans les six mois, comme eux. Je le repousse partout où je le rencontre, car la maxime contraire domine tout le droit. Elle est formulée par Scævola, en ces termes : *Jus civile vigilantibus scriptum est*, et appliquée dans des textes très-nombreux[1].

Il est juste que le créancier vigilant qui fait un acte conservatoire de son droit en profite, quand les autres, qui pouvaient le faire comme lui, ne l'ont pas fait. Le créancier qui prendra une inscription hypothécaire en vertu d'un contrat constitutif d'hypothèque, d'un jugement ou de la loi, ne primera-t-il pas celui qui devait en prendre une aussi, quand il ne la prendra qu'après lui, ou ne la prendra pas du tout. N'en est-il pas de même de celui qui s'inscrira avant la mort du débiteur, dont la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou avant sa faillite, dans les délais fixés par les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code du commerce? N'en est-il pas encore de même de celui qui prendra son inscription avant la transcription de l'acte de vente d'un bien hypothéqué aussi à un autre qui ne la prendrait qu'après? Celui qui interrompra la prescription de la créance, la partagera-t-il avec celui qui aura laissé prescrire la sienne ; celui qui aura produit à l'ordre, pris part à la distribution, avec ceux qui, par leur négligence, auront encouru la

[1] Voir notamment l. 24, 6, § 7, ff. *Quæ in fraud.*, XLII, 8 ; 21, ff. *De peculio*, XV, 1 ; 16, ff. *Ex quib. caus. maj. in int. rest.*, IV, 6.

forclusion; celui qui se sera fait donner un gage, avec ceux qui n'en auront pas; celui qui se sera fait payer par le débiteur, quand il était encore solvable, avec ceux qui auront attendu qu'il n'ait plus rien? Le tiers qui aura eu soin de faire donner une date certaine à son acte ne sera-t-il pas dans une position meilleure que ceux qui auront négligé cette précaution, quand elle est nécessaire? Pour prendre une hypothèse qui se rapproche beaucoup de la nôtre, dans une saisie immobilière, l'aliénation de l'immeuble saisi après la transcription est valable, lorsqu'il y a consignation d'une somme suffisante pour désintéresser les créanciers saisissants *antérieurs* et les hypothécaires qui pourraient suivre l'immeuble. C'est assez dire que les créanciers chirographaires, dont la saisie serait postérieure à la consignation, ou au moins à la signification de l'acte de consignation, ne toucheront rien, ils arrivent trop tard (art. 687, C. de proc.). La cession signifiée de la créance en emporte de même l'aliénation à l'égard des créanciers qui viendraient la saisir plus tard; il n'y a pas besoin ici de consignation, parce que la somme destinée à désintéresser le saisissant est arrêtée et consignée en quelque sorte entre les mains du tiers saisi.

Pourra-t-on dire du moins, et cela a été dit aussi, que le saisissant profite d'un acte qui n'est pas le sien, de la signification? Malgré sa vigilance, s'il n'y avait pas de signification, les autres seraient venus partager avec lui? Mais dans, tous les cas que nous venons de passer en revue, sa vigilance n'a d'effet précisément que par suite d'un acte auquel il est étranger, et qui lui aurait fait perdre son droit, comme il le fait perdre à ceux qui ont été négligents. Aussi, la faillite, l'acceptation bénéficiaire, la transcription de l'acte de vente, la prescription, la vente de l'immeuble saisi, sont des faits étrangers au créancier diligent, à l'abri desquels il a eu soin de se mettre, et qui atteignent, au contraire, ceux qui ont négligé de prendre les mêmes précautions. C'est ce qui arrive pour la signification du transport de créance, qui, comme la transcription de la vente d'un immeuble, fait sortir le bien du patrimoine du débiteur à l'égard de ceux qui n'ont pas fait les actes conservatoires de leur droit nécessaires pour en éviter l'effet.

Je me trouve sur ce point d'accord avec un assez grand nombre d'auteurs modernes, qui considèrent aussi la significa-

tion comme empêchant l'effet des oppositions ultérieures[1]. Mais e n'admets pas, avec la majorité d'entre eux, le cessionnaire à faire contribuer le premier saisissant qui prend entièrement les causes de la saisie, et le cessionnaire ce qui reste. Pour moi, la signification ne vaut jamais opposition, elle garde son caractère de signification, selon le prescrit de l'article 1690, aussi ien vis-à-vis du premier saisissant, aux droits duquel elle ne peut porter atteinte, qu'à l'encontre des opposants postérieurs qu'elle exclut, comme dans l'ancien droit.

§ 7. — *Quid* de la cession faite postérieurement à la saisie, mais signifiée avant l'opposition?

Jusqu'ici j'ai supposé le transport fait avant la première saisie t la signification après; devons-nous donner la même solution, s'il était fait après la saisie? On a dit qu'une saisie opérée empêchait le transport de la partie de la créance correspondant aux causes de la saisie, qu'il ne pouvait plus se faire que du surplus[2]. C'est aller trop loin; le saisi ne peut, comme nous l'avons vu, faire un acte qui nuise au saisissant; le saisissant, selon nous, a droit à la totalité des causes de sa saisie vis-à-vis du cessionnaire, mais il est libre de donner mainlevée et de rendre ainsi la cession efficace pour le total de la créance; il y serait forcé, s'il était désintéressé. Si le cessionnaire ne peut entamer les causes de la saisie, ce n'est que dans l'intérêt du saisissant, la cession est valable pour la totalité de la créance à l'égard de ceux qui viendront saisir après la signification, comme le serait la vente de l'immeuble saisi, après consignation de la somme suffisante pour désintéresser le saisissant; par conséquent, il faut décider, comme dans le cas où la cession est anté-

[1] Delvincourt, t. III, p. 169, note 2, sur la page 84 de l'édition de 1824. M. Duranton, t. XVI, n° 501. M. Troplong, *Vente*, II, 927. C'est à tort que Marcadé dit qu'il ne prévoit pas la question. M. Duvergier, *Vente*, II, 201. Roger. *De la saisie-arrêt*, n° 249. Il cite dans le même sens une dissertation de M. Dard et deux jugements du tribunal de la Seine, du 19 avril 1828 et du 3 mai 1836, que je n'ai pu vérifier. Cette doctrine semble résulter d'un arrêt d'Orléans, du 11 mai 1859. Sirey, 59, 2, 534.

[2] Marcadé sur l'article 1691 du Code Napoléon, n° 2.

rieure à la première saisie, que les oppositions arrivent trop tard [1].

Il en serait autrement, si la cession ne portait expressément que sur la somme qui excède les causes de la première saisie. La créance restant, *erga omnes*, dans le patrimoine du saisi pour le reste, les oppositions postérieures à la signification donneraient lieu au concours des créanciers qui les auraient faites sur les sommes arrêtées par le premier saisissant. Seulement, comme la signification ne peut nuire au premier saisissant, et que je n'admets pas qu'après une saisie le saisi puisse créer des droits qui diminuent ceux des créanciers qui ont saisi antérieurement, le cessionnaire qui ne peut pas concourir avec le saisissant, devra l'indemniser du préjudice que lui cause la cession qu'il ne peut lui opposer aux termes de l'article 1690. Si donc la première saisie est faite pour 1,500 francs sur une créance de 3,000 francs, que la cession ne soit que de 1,500 francs et l'opposition pour une pareille somme, l'opposant viendra prendre 750 francs au premier saisissant, auquel le cessionnaire les rendra. Le premier saisissant aura 1,500 francs, le cessionnaire et l'opposant, chacun 750 francs. Ce dernier ne peut se plaindre, car pour lui, il n'y avait plus dans le patrimoine du saisi qu'une créance de 1,500 francs ; le cessionnaire n'a rien à dire non plus, puisque, pour le premier saisissant, contre lequel il ne peut faire valoir sa cession, ni comme cession, ni comme opposition, la créance entière de 3,000 francs était dans le patrimoine du débiteur. Cela me paraît résulter forcément de l'article 1690 [2].

[1] M. Duranton, XVI, n° 501, p. 531, 532, 4e édition. MM. Troplong, Duvergier et Roger excluent aussi les opposants postérieurs à la signification sans distinction.

[2] M. Duranton, le seul des auteurs qui, à ma connaissance, ait examiné, ou au moins séparé nettement cette question des précédentes, décide comme moi, quand la cession porte sur l'excédant des causes de la saisie; mais il admet le cessionnaire à concourir avec le saisissant et ne l'oblige pas à réparer le préjudice que sa cession tardive fait éprouver à ce dernier quand la cession est d'une somme fixe égale au surplus des causes de la saisie (XVI, n° 501, *in fine*). J'ai peine à me rendre compte des raisons de la différence.

§ 8. — L'article 1690 du Code Napoléon est applicable à la cession d'intérêts, arrérages, loyers et fermages non encore échus.

Nous avons vu que, dans le dernier état de notre jurisprudence, les règles observées pour la cession des créances de capitaux, même à terme, n'étaient pas appliquées à celle d'intérêts, arrérages, loyers ou fermages non encore échus. La signification, fût-elle faite avant toute saisie, n'empêchait pas les saisissants postérieurs de venir au marc le franc avec le cessionnaire sur tout ce qui n'était pas échu au moment de la signification. On en a donné deux raisons. La première, que la créance n'existant pas encore, il ne saurait être question d'une prise de possession [1]; la seconde, que ce serait permettre à une personne de mettre ainsi par avance ses revenus à l'abri de l'action de ses créanciers [2].

Ces raisons ne me paraissent pas assez concluantes pour faire admettre une exception. Je réponds à la première, que la créance est tout au moins une créance conditionnelle, si l'on n'en veut pas faire une créance à terme, et que rien ne s'oppose au transport d'un droit conditionnel et, par conséquent, à l'investiture que pourrait en recevoir le cessionnaire.

La seconde me semble aussi trouver sa réfutation dans cette idée, qu'en l'absence de fraude, une personne est libre de disposer de ses revenus, comme de ses capitaux. Pourquoi pourrait-elle mettre les uns et pas les autres à l'abri des poursuites de ses créanciers? S'il y a fraude, dans l'un comme dans l'autre cas, ses créanciers pourront faire révoquer la cession faite à leur préjudice; s'il n'y en a pas, elle doit être maintenue. J'ajoute que l'article 1690 ne fait aucune distinction. Les rédacteurs du Code connaissaient bien cette exception, qui n'a été rappelée ni dans les observations des tribunaux, ni dans les discussions, ni dans les diverses rédactions qui se sont succédé. Il ne paraît pas possible de l'admettre sous l'empire du

[1] Pothier, *Traité de la procédure civile*, 4e partie, chap. II. sect. 3, § 6.

[2] Bourjon, liv. VI, tit. VIII, chap. I, sect. VI, dist. 4, n° 42, t. II, p. 676, et liv. VI, tit. VII, chap. II, sect. I, dist. 2, n° 10, p. 557, 558.

Code[1]. La question, du reste, me semble tranchée aujourd'hui par l'article 2 de la loi du 23 mars 1855, qui, pour la validité de la cession des loyers ou fermages non encore échus, à l'égard des créanciers hypothécaires ou tiers acquéreurs, exige la transcription de l'acte qui la contient.

Ainsi donc, pour moi, et dans tous les cas, la signification d'un transport de créance ne vaut jamais opposition, ni pour, ni contre le cessionnaire ; elle garde le caractère que lui donne l'article 1690.

VILLEQUEZ,
Professeur à la Faculté de droit de Dijon.

[1] Voir, en sens contraire, Delvincourt, t. III, p. 170, note 2, sur la page 84. MM. Duranton, XVI, 506, et Troplong, *Vente*, II, 910, en font une question de fraude. Mais alors il y aurait lieu à la révocation de la cession d'une créance ordinaire.

BIBLIOGRAPHIE.

Berlin, 15 mai 1862.

Il a déjà été fait mention dans cette Revue de la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* Ce nouveau journal, consacré à l'histoire du droit, qui promet de ne pas faire injure à la mémoire de sa sœur aînée, la Revue de Savigny et d'Eichhorn, a commencé sous de lugubres auspices. L'un des fondateurs, M. le professeur Merkel, de Halle, dont les travaux de droit germanique sont si justement estimés, a été enlevé au monde savant à la fin de cette année (1861), dans laquelle la Prusse a perdu Stahl, son meilleur auteur, et Savigny, son plus grand jurisconsulte.

En général, les deux ou trois dernières années ont été funestes aux hommes célèbres. La mort a frappé, dans l'espace de quelques mois, Ritter, Humboldt, Arndt, Guillaume Grimm, Varnhagen, Dahlmann, Bunsen, Lasaulx, et parmi les jurisconsultes, outre Savigny, Stahl et Merkel, plusieurs hommes très-honorablement connus. Nous nous bornerons à citer le professeur Barkow, de Greifswalde, auquel on doit une bonne édition de la loi romaine des Burgondes ; Guyet, de Jéna, auteur de dissertations estimées sur plusieurs points de droit civil ; Holtzschuher, de Nuremberg, dont les travaux cherchaient à concilier la science avec la pratique, l'école avec le greffe ; enfin Pernice, de Halle, qui était bien de tous les savants et de tous les publicistes d'Allemagne le plus versé dans les questions épineuses du droit public et du droit spécial des familles souveraines et médiatisées. Qu'il nous soit permis de copier ici quelques lignes que nous écrivions au mois de septembre de l'année passée dans la *Bibliothèque universelle de Genève*.

« Deux hommes d'un grand talent, unis depuis bien des années par une vie publique commune et par mille liens de sympathie politique et religieuse, viennent de mourir à peu de semaines d'intervalle, et cette double perte est irréparable pour le parti conservateur prussien, dont M. Stahl était depuis douze ans le véritable chef, et M. Pernice l'un des membres les plus

dévoués. Tous deux étaient encore, peu de jours avant leur mort, pleins d'activité et de force; M. Stahl n'a souffert que vingt-quatre heures. Tous deux ont rempli de hautes fonctions, et jusqu'à la fin tous deux ont persévéré dans les principes qu'ils croyaient vrais et justes, et qu'ils considéraient comme sacrés. Tous deux enfin occupaient une place distinguée dans le monde politique et dans le monde savant. Peut-être chez M. Pernice le savant surpassait-il l'homme d'Etat, tandis que l'homme public, le chef de parti, dominait chez M. Stahl. Le vide que M. Stahl laisse à l'université de Berlin est immense sans doute et bien difficile à combler; mais c'est à la Chambre des pairs et dans le sein de son parti que son absence sera sentie le plus longtemps et de la manière la plus douloureuse.

« M. Stahl était professeur à Berlin depuis 1840. Il faisait trois cours principaux de droit public, de droit ecclésiastique et de philosophie du droit. En outre, il discutait presque chaque semestre, dans quelques leçons publiques du plus haut intérêt, les questions brûlantes de la politique et de la religion, telles que les rapports de l'Eglise avec l'Etat, les partis dans l'Etat et dans l'Eglise, le protestantisme envisagé comme principe politique, les doctrines révolutionnaires, etc. C'est à ces leçons publiques, où il se présentait devant quelques centaines d'auditeurs, souvent très-malveillants, comme l'apôtre du droit divin, — à notre époque où le droit divin n'est plus de mise; — c'est à ces leçons, dis-je, qu'on jouissait le plus de la profondeur de son esprit et de l'élégante précision de son langage. Les traits caractéristiques de son talent étaient une grande puissance dialectique et une logique rigoureuse. Les mêmes qualités se retrouvent dans ses discours parlementaires et dans ses divers écrits sur l'Etat chrétien, la Révolution et la monarchie constitutionnelle, le principe monarchique, la discipline ecclésiastique, enfin dans sa polémique contre M. de Bunsen... Quant au grand travail de M. Stahl sur la philosophie du droit, on sait qu'il fait époque dans la science et qu'il a fondé une école. Conseiller intime de justice; syndic de la couronne à la Chambre des pairs depuis 1849, M. Stahl a fait partie pendant plusieurs années du Conseil supérieur ecclésiastique; il donna sa démission pour motifs de conscience en 1857. M. Stahl était né à Munich, en 1802, et c'est à Munich aussi qu'il fit ses premiers pas dans la

carrière académique; avant d'être appelé à Berlin pour occuper la chaire de Gans, il avait été professeur à Würzbourg et à Erlangen, et siégé à la Chambre bavaroise. Là, comme au Parlement prussien, l'inflexibilité de ses opinions lui fit beaucoup d'ennemis ; mais ses adversaires acharnés n'ont jamais pu signaler la moindre tache dans sa vie privée... Peu de jours avant sa fin, M. Stahl avait eu un long entretien avec M. le comte de Montalembert.

« M. Pernice était depuis près de quarante ans à l'université de Halle, et depuis 1852 membre de la Chambre des pairs. Pendant quelques années il avait exercé une influence prépondérante sur la politique et l'administration du duché d'Anhalt-Cœthen, dont le souverain l'avait en grande amitié. »

Mais de toutes ces morts, la plus regrettable peut-être pour la vraie science du droit, est celle de M. de Keller, — puisque, M. de Savigny avait depuis plusieurs années abandonné la carrière active pour vivre dans une retraite profonde. M. de Keller, mort à Berlin vers la fin de 1860, possédait une clarté d'esprit et une sagacité remarquables, jointes à une prodigieuse érudition. Pour ceux qui mesurent l'activité d'un auteur au nombre de pages qu'il compose, il a peu produit. Il avait, dans le cours de sa carrière scientifique, entrepris plusieurs ouvrages de longue haleine, qu'il polissait à loisir et repolissait si scrupuleusement, qu'il n'a pu finir qu'une partie de ce qu'il avait commencé. Mais le petit nombre d'écrits qui sont sortis de sa plume sont de vrais chefs-d'œuvre pour le fond, qui dénote une intelligence complète et vivante des sujets traités, et même, chose rare en Allemagne, pour la forme, laquelle, avec un style un peu rude, est toujours naïve et primesautière. Le livre de la *Litiscontestatio* est digne d'être placé à côté du *Traité de la possession*, de Savigny. On sent, en lisant la *Procédure civile romaine*, que l'auteur n'était pas un érudit seulement, mais aussi un homme pratique, on peut même dire un homme d'affaires. Quant au commentaire juridique sur les discours de Cicéron, *Semestria ad Marcum Tullium*, on dirait l'œuvre d'un philologue de la renaissance ; l'érudition d'un Sigonius s'y trouve jointe à l'élégance d'un Marc-Antoine Muret; c'était un travail favori, mais depuis l'an 1851 aucune livraison n'a vu le jour.

L'activité de M. de Keller était immense, et sa facilité de

travail étonnante pour l'étude d'abord, puis pour les labeurs administratifs et les corvées parlementaires. C'est grâce à ces belles qualités qu'il pouvait suffire à toutes les exigences de ses fonctions multiples : comme professeur faisant quinze leçons par semaine, comme membre du Conseil d'Etat et comme député jusqu'en 1858. Lorsque la mort est venue le surprendre, il préparait, entre autres travaux, une édition annotée du *Corpus juris* et un cours détaillé d'*Institutes*.

Les professeurs allemands ont l'excellente habitude de distribuer à leurs auditeurs, dès la première leçon, le programme plus ou moins détaillé du cours qu'ils se proposent de faire. De telle sorte, au lieu de marcher à l'aventure, et pour ainsi dire en tâtonnant, l'élève peut se familiariser d'avance avec la topographie du terrain au travers duquel le maître va le guider. M. de Keller donnait à ses programmes un assez grand développement, et c'est le programme des leçons d'*Institutes*, augmenté des chapitres déjà terminés, que le libraire Tauchnitz a publié après la mort de l'auteur[1].

Ce livre est le fruit de plus de vingt années d'enseignement académique. L'utilité en est incontestable, même si l'on ne considère que l'ordre rigoureux qui y règne et les indications de textes originaux qui sont ajoutées à chaque paragraphe. Les parties achevées sont toutes, sans exception, remarquables par leur clarté ; plusieurs sont admirables comme recherches profondes et essentiellement indépendantes. Nous citerons comme particulièrement intéressants les paragraphes relatifs au *dominium*, au développement de l'*hypothèque*, au *nexum*, à la *stipulation*, au contrat *literis*, à l'*usucapio pro herede*. Dans ces savants travaux sur des matières dont une grande partie ne nous concerne plus que d'une manière bien indirecte, tout respire la vie et rien ne sent l'école. C'est que M. de Keller était l'ennemi déclaré d'une érudition morte et pédante. Ce qu'il cherchait dans l'antiquité romaine, comme dans le siècle où il vivait, c'était le mouvement de la pensée et son incarnation dans la vie de chaque jour. Il ne demandait pas aux vieux légistes de Rome des affirmations d'un point de droit ou des solutions toutes faites, mais il cherchait à se pénétrer de leurs senti-

[1] *Institutionen Grundriss und Ausfuhrungen*, von Dr F.-L. von Keller. Leipzig, 1861, in-8°, XXXVI et 419 pages.

ments, à épier leur méthode, à surprendre le secret même de leur génie. « Si quelqu'un est capable d'apprendre par cœur des manuels de droit civil ou des *Novelles* de l'empereur Justinien, ne lui disputons pas ce plaisir ! Nous autres, nous voulons apprendre *à étudier ;* nous voulons tâcher de gagner un peu de l'*art* des jurisconsultes de Rome. Alors nous oserons nous présenter dans la pratique du droit [1]. »

Ces paroles sont tirées de l'introduction d'une autre publication posthume, du cours des *Pandectes*, que M. de Keller faisait chaque année pendant le semestre d'hiver [2].

On retrouve dans ce livre toutes les qualités de fond du maître. Toutefois, il est loin d'être irréprochable. Les cahiers de M. de Keller étaient parfaitement rédigés, et l'on n'a eu qu'à les déchiffrer avant de les livrer au compositeur. Mais ces cahiers, c'était en vue de l'enseignement oral que M. de Keller les avait écrits, et il est évident que s'il eût songé à les publier, il leur aurait au préalable fait subir un remaniement plus ou moins complet. Il voulait, avant tout, inculquer à ses auditeurs des données justes, précises et positives. Lorsqu'il trouvait dans les cours de MM. de Savigny et Gœschen, ses maîtres, des parties répondant pleinement à ses *desiderata*, il les mettait à profit ; parfois même il les insérait telles quelles dans son discours. Pour l'enseignement, c'était à merveille ; à la lecture, c'est choquant. La partie générale des *Pandectes* n'est presque qu'un extrait du *Système* de Savigny, et d'une brièveté qu'on a trouvée excessive. Dans ses leçons, l'illustre professeur motivait cette brièveté et ce manque d'originalité, en renvoyant à Puchta et à Savigny ; il est juste de remarquer aussi que ce qu'on est convenu de traiter dans la *partie générale* des Pandectes forme aussi bien matière de droit public.

M. Friedberg a scrupuleusement respecté l'œuvre de Keller, et il a bien fait. Nos reproches ne sauraient s'adresser à lui,

[1] « Wer Handbücher oder Justinians Novellen auswendig lernen mag, « dem lassen wir die Freude. Wir andere wollen studiren lernen, und den « Rœmischen Juristen etwas von ihrer Kunst abzugewinnen suchen. Dann « dürfen wir uns in der Praxis sehen lassen. »

[2] Pandecten, *Vorlesungen* von Dr F.-L. von Keller, etc. — *Aus dem Nachlasse herausgegeben* von Dr Emil Friedberg. Leipzig, 1861 ; 1 beau volume grand in-8° ; XLVII et 1127 pages (9 livraisons).

mais uniquement au fait, indépendant de sa volonté, qu'un cours destiné à servir de base à l'enseignement oral ne satisfait plus lorsqu'on l'a habillé en livre. D'ailleurs, cet inconvénient est amplement compensé par le mérite de l'ensemble.

Mais nous allons faire la guerre à M. Friedberg sur un autre point. Quinze pages de l'introduction sont consacrées à l'indication des ouvrages relatifs aux *Pandectes*, on peut même dire au droit romain tout entier.

M. de Keller possédait une bibliothèque superbe, qu'il a mis quarante ans à former; peu d'hommes ont eu des connaissances aussi étendues que lui en matière de bibliographie. Les livres qu'il indique forment une liste immense; ils se divisent tout naturellement, selon qu'ils contiennent l'explication des textes ou une exposition systématique, en deux grandes catégories, auxquelles viennent s'ajouter, sous de nouvelles rubriques, les ouvrages destinés à initier à la pratique ceux qui traitent de l'histoire des dogmes et des controverses, les *Mélanges*, *Thesauri*, etc., enfin les critiques et tout ce qui a trait à l'histoire littéraire. Cette liste, essentiellement intime et destinée par M. de Keller à son usage tout à fait privé, était augmentée par lui à mesure qu'il avait entre les mains un nouvel ouvrage ou qu'il se trouvait en mesure de donner un titre complet. Il n'eût jamais livré ses notes à l'impression avant de les avoir triées et systématisées. Or, l'éditeur n'a pas pris la peine de faire ce travail, ennuyeux peut-être mais indispensable. A part quelques sous-divisions très-générales dans les grandes catégories que nous venons d'indiquer, il n'y a pas trace de méthode dans la manière dont les auteurs sont cités. C'est surtout parmi les ouvrages systématiques que règne un pêle-mêle désolant; on dirait qu'un malin génie s'est amusé à brouiller époques, pays, langues, mérite. Traités d'Institutes, traités de Pandectes, cours manuels, volumineux commentaires, simples programmes, bons livres, mauvais livres, auteurs de premier rang, bouquins de pure curiosité, etc., tout cela se presse, se heurte, et s'étonne d'être ensemble. Les *Commentarii juris civilis* de notre François de Connan sont placés entre le *New Pandect of roman civil law* de l'anglais John Ayliffe, édité à Londres en 1734, et le *Rœmisches Privatrecht in ausführlicher tabellarischer Darstellung* de Hartitszch, Leipzig, 1831. Guillaume de Budé précède Jean

Voët, mais il vient après Antoine Favre, comme Duarein après Pothier, Domat après Heineccius ; si vous voulez trouver Mornac, cherchez-le après Tulden et avant Alciat. Mais nous ne ferons pas le catalogue de ces péchés contre le bon sens et contre le goût, qui eussent fait horreur à Keller, l'homme méthodique, le bibliophile, le lettré par excellence. Un ordre quelconque, fût-ce même le plus sot de tous, l'ordre alphabétique, eût mieux valu que cette insupportable confusion. Toute cette partie du travail est à refaire.

Les indications littéraires qui sont en tête de chaque paragraphe sont fort incomplètes.

Pour étudier avec fruit et avec plaisir les législations anciennes, il faut puiser immédiatement aux sources et se faire soi-même son système et son manuel, en apprenant le plus tôt possible à se passer d'intermédiaires. Pour peu qu'on soit familiarisé avec les textes originaux, le droit romain, dépouillé de sa carapace scolastique, apparaît sous un tout nouveau jour ; ce qui était mort s'anime, et ce qui paraissait sec et monotone devient presque amusant. C'est donc avec joie qu'il faut saluer chaque entreprise qui rend plus accessibles les trésors de l'antiquité, soit en condensant dans un volume ce qui était éparpillé dans cent écrivains, soit en procurant à un prix honnête des documents enfouis jusqu'alors dans de coûteux in-folios et dans la poudre des bibliothèques.

Parmi les publications récentes de cette nature, deux surtout méritent d'être signalées à l'attention de tous ceux qui s'intéressent à la conservation et aux progrès de la science.

Sous le titre de *Fontes juris antiqui*[1], M. de Bruns, qui a remplacé M. de Keller à la Faculté de Berlin, a fait paraître, il y a deux ans déjà, un choix de documents importants pour l'histoire du droit romain. Ce recueil, destiné aux élèves en droit, est divisé en trois parties : les *Lois*, les *Actes* et les *Extraits d'auteurs*, tels que Festus, Varron, Valerius Probus, Isidore, et les scholiastes, si précieux par les renseignements qu'ils fournissent sur les antiquités romaines.

En fait d'*actes*, *negotia*, nous remarquons un contrat de prêt

[1] *Fontes juris antiqui quos in usum prælectionum edidit Georgius Bruns antecessor Tubingensis. Tubingæ MDCCCLX.* Libraria Lauppiana; 1 vol. in-8, VI et 152 pages.

avec stipulation d'intérêt et cautionnement, de l'an 162 de notre ère ; trois actes de donation, entre autres celui de T. Flavius Syntrophus, que M. Huschke a si bien commenté ; l'acte de vente d'une esclave, passé en l'an 139 en Transylvanie, avec garantie *eam puellam sanam esse furtis noxisque solutam*, *fugitivam erronem non esse*, et stipulation du double en cas d'éviction ; les trois *Tables alimentaires* de Trajan (100, 101, 103) ; les documents relatifs à la construction d'une loge pour le gardien de la colonne érigée en l'honneur de Marc-Aurèle sur la piazza Colonna, que M. Rudorff a savamment expliqués dans le tome XI de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft ;* enfin le testament de Dasumius de l'an 109, qui a aussi servi d'objet aux études approfondies de M. Rudorff. M. Bruns a joint à ce testament le protocole d'ouverture, *gesta de aperiundo testamento*, fait à Ravenne en l'an 474, dont le manuscrit sur papyrus est à Paris, et fut déjà publié par Marini en 1805. Viennent ensuite, et toujours sous la rubrique *negotia*, qui, selon nous, est impropre, plusieurs documents d'une nature toute différente : des statuts de corporations et des causes judiciaires, telles que la célèbre *lis fullonum* (de 226 à 244), et une sentence arbitrale prononcée dans une action en bornage au premier siècle de notre ère. Tous ces documents sont d'un grand intérêt pour la connaissance du mécanisme pratique du droit romain, si nécessaire à l'intelligence de la théorie, et cependant si négligée par la plupart des savants.

Les *Lois* forment la partie la plus importante du recueil. Ce sont d'abord les fragments de ces vieilles lois pontificales que l'aristocratique collége plaçait pour ainsi dire sous le patronage des rois de Rome ; M. Bruns en rapporte vingt-quatre, dont sept attribuées à Romulus, treize à Numa, une à Tullus Hostilius, deux à Servius Tullius et une à Tarquin le Superbe ; il se borne à transcrire la défense ou l'injonction telle qu'elle est contenue dans l'auteur qui nous l'a conservée, sans songer à altérer le texte original par ces restitutions hasardées et puériles qui furent de mode à une certaine époque ; il suit le même procédé dans la loi des Douze Tables. Dans la loi agraire de l'an 643 de Rome, M. Bruns a adopté en général le texte tel qu'il a été fixé en 1839 par M. Rudorff, avec quelques améliorations de MM. Huschke et Mommsen. Mais pourquoi ne pas expulser

complétement la dénomination fausse de *lex Thoria* qu'on a donnée jadis à cette loi agraire? Il est certain maintenant et incontesté que le nom de Spurius Thorius n'a rien à faire ici, et que la véritable loi thorienne était une loi différente, qui fut votée huit ans plus tôt, et de laquelle rien ne nous a été conservé. Néanmoins, M. Bruns croit devoir faire une concession à l'usage vicieux, et appelle notre loi *lex agraria quæ vulgo Thoria dicitur*. Je dirai la même chose à propos de la loi sur les répétondes, qu'on a prise longtemps, sur la foi de Klenze, pour la loi servilienne, tandis qu'il est bien avéré aujourd'hui qu'elle est autre et plus ancienne, probablement contemporaine des Gracques. Pourquoi donc l'intituler encore *lex repetundarum quæ vulgo Servilia dicitur?* N'est-ce pas fait pour donner au lecteur des idées fausses? Et pourquoi ne pas suivre l'ordre chronologique d'une manière absolue et rigoureuse? M. Bruns dit dans une note que la date de cette loi sur les répétondes doit être placée entre l'an 605 et l'an 643 de Rome; mais il nous la donne après la loi agraire, que M. Rudorff, dont l'autorité en pareille matière est absolue, date de 643, et qui est, à coup sûr aussi, postérieure de plusieurs années soit à la loi osque, soit à la loi romaine de la Table de Bansa; cependant, dans le livre de M. Bruns, celles-ci ne viennent qu'après la loi sur les répétondes[1]. De même encore la loi de Sylla *De scribis viatoribus et præconibus quæstorum* devait précéder la charte de la ville libre de Thermesse, en Pisidie. Nous ne voyons aucune raison interne qui puisse justifier ces déplacements, puisque l'ordre des matières n'est pas suivi.

Nous n'avons pas compris non plus pourquoi, dans la troisième partie, les extraits de Festus précèdent ceux de Varron. Ce sont là des bagatelles sans doute, et il est peut-être d'un esprit trop minutieux d'en être choqué; mais nous croyons que dans un recueil destiné aux étudiants tout doit être raisonné, que rien n'y saurait être fortuit, et qu'on a le droit

[1] Depuis, M. Rudorff a démontré dans un savant mémoire lu à l'Académie de Berlin, le 11 juillet 1861, que la *lex repetundarum* en question n'est autre que le plébiscite de M. Acilius Glabrion voté en l'an de Rome 631 ou 632 (*ad legem Aciliam de pecuniis repetundis latam anno ab urbe condita* 631 *vel* 632 *commentatio lecta ab Adolfo Friderico Rudorfio auctore.* Berlin 1862.)

de demander compte à l'auteur des moindres irrégularités.

Après la loi *De scribis* viennent, dans l'ordre chronologique, les fragments plus ou moins considérables qui nous restent de la loi *Rubria* sur les communes de la Gaule cisalpine, de la grande loi municipale de Jules César, de la loi agraire de l'empereur Caligula, dite *Mamilia Roscia Peducæa Alliena Fabia*, de la loi *Quinctia* sur les aqueducs, de la *lex de imperio Vespasiani*, enfin les tables de bronze de Salpesa et de Malaga.

En fait de sénatus-consultes, le sénatus-consulte *De Bacchanalibus* de l'an 568 de la ville, deux de l'an 11 avant la naissance de Jésus-Christ, sur les aqueducs, etc. La législation impériale est représentée par un édit d'Auguste concernant l'aqueduc de Venafre, et l'édit d'Honorius et de Théodose au préfet des Gaules Agricola, sur les diètes provinciales d'Arles, de l'an 418.

M. Bruns indique toujours ses sources et renvoie en général comme guide théorique à l'*Histoire du droit romain* de M. Rudorff, à laquelle les *Fontes* doivent servir de complément nécessaire.

Parmi l'immense quantité de documents qu'il a fallu éliminer, il en est sans doute quelques-uns qu'on regrette de ne pas voir figurer dans l'anthologie de M. Bruns; ainsi, dans les *Negotia*, la *lex parieti faciundo Puteolana*, si belle et si caractéristique comme exemple d'un *opus locatum*, et de la caution *prædibus et prædiis*. Mais on ne peut contenter tout le monde, et le choix fait par l'éminent professeur est tout à fait approprié à l'usage académique qu'il avait en vue.

Le livre que M. Huschke vient de publier, sous le titre de : *Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt*[1], est aussi excellent dans son genre, mais très-différent de celui de M. Bruns par le caractère et le plan. Le savant et vénérable auteur du *Nexum*, de la *Constitution de Servius Tullius*, du *Commentaire sur Gaïus*, a exposé lui-même dans une préface latine, admirable de simplicité et d'élégance, le but qu'il s'est proposé et la méthode qu'il a cru devoir suivre. Il a voulu donner le droit antérieur aux réformes de Justinien, tel qu'il se trouve dans les

[1] *J.-A. q. s. In usum maxime academicum composuit, recensuit, adnotavit Ph. Eduardus Huschke.* Lipsiæ, *in ædibus B.-G. Teubneri,* MDCCCLXI; 1 joli volume in-12, XIV et 748 pages.

auteurs juridiques, ce qui nous reste de la *science du droit*, *solum jus prudentium auctoritate constitutum*. C'est le même point de vue duquel sont partis Schulting dans sa *Jurisprudentia vetus antejustiniana*, et M. Dirksen dans les *Bruchstücke aus den Schriften der römischen Juristen*, recueil excellent jadis, incomplet aujourd'hui, et qui aura bientôt cinquante ans de date. Le but de M. Huschke est donc tout différent de celui qu'ont poursuivi les éditeurs du *Corpus juris antejustiniani* de Bonn, qui ont publié sous ce titre non-seulement les écrits d'auteurs juridiques, mais aussi les constitutions des empereurs antérieurs à Justinien, les recueils connus sous le nom de *Codes Grégorien et Hermogénien*, le Code Théodosien, les Novelles de Théodose II, Valentinien, etc. M. Huschke, fidèle à son principe, a exclu tout ce qui est constitution émanée du souverain ; ainsi, dans le fragment de Dosithée, la dispute sur les affranchissements a seule trouvé grâce devant lui, les sentences et épîtres de l'empereur Adrien ont été écartées ; cependant, il a respecté les quelques constitutions impériales qui sont éparses dans les fragments du Vatican, dans la Consultation et dans la *Lex Dei*.

D'autre part, ce qui a été admis dans le Digeste est exclu tout naturellement du recueil de *Jurisprudence antéjustinianéenne*. Là où cela paraît nécessaire à la saine intelligence d'un texte, M. Huschke cite le passage de la compilation.

L'ordre chronologique est rigoureusement suivi.

Ainsi composé, l'ouvrage de M. Huschke commence à Tiberius Coruncanius, qui fut consul en l'an 474, dès la fondation de la ville, et grand-pontife seize ans plus tard, et se termine par des fragments des Grecs Cyrille, Domninus, Démosthènes, Eudoxius, Patricius et Amblique, qui vivaient peu avant Justinien.

Quelquefois, ce qui reste des œuvres d'un jurisconsulte célèbre n'a rien de juridique du tout ; mais M. Huschke est trop scrupuleux pour nous en priver ! C'est ainsi qu'il transcrit les trois fragments suivants, qu'on croirait tirés d'un recueil d'anecdotes plutôt que des trois livres de droit civil de Marcus Junius Brutus :

I. *Forte evenit, ut in Privernati essemus.*

II. *In Albano eramus ego et M. filius.*

III. *In Tiburti forte assedimus ego et M. filius.*

Marcus Junius Brutus était un des bons jurisconsultes du septième siècle de Rome ; mais, puisqu'on n'a conservé de ses ouvrages que des lambeaux qui n'ont aucun rapport quelconque avec le droit, et qui n'ont eu le privilége de nous être transmis que parce qu'ils ont fourni matière à plaisanterie au grand pontife Q. Mucius Scévola, à quoi bon les admettre dans un recueil sévèrement juridique ? Dans le choix même des auteurs, M. Huschke n'a pas cru devoir se borner d'une manière absolue aux jurisconsultes de profession ; ainsi, il a admis le livre *De notis antiquis* de Valerius Probus et une phrase et demie de Cicéron, qui, bien que tirée du livre *De jure civili in artem redigendo*, n'a rien de juridique du tout; sans doute ce n'est que pour la symétrie et à cause du titre de l'ouvrage que M. Huschke a admis le fragment suivant : ... *Aliquo excellente ac nobili viro*, et l'autre qui ne vaut guère mieux : *Nec vero scientia juris majoribus suis Q. Ælius Tubero defuit ; doctrina etiam superfuit.* Voilà les titres qui ont procuré à Cicéron l'honneur d'être reçu dans le Parnasse de M. Huschke ; et certes, le spirituel avocat de L. Licinius Muréna rirait de bon cœur en voyant ces bribes d'un ouvrage perdu élevées au rang de monuments scientifiques. Du reste, les auteurs qui ne sont pas à considérer comme jurisconsultes de profession sont désignés par un astérisque.

Dans la notice biographique et littéraire qui précède les Commentaires de Gaïus, M. Huschke contredit en plusieurs points les autres savants ; c'est ainsi qu'il place l'âge mûr de ce remarquable auteur sous le règne de Marc-Aurèle plutôt que sous celui d'Antonin le Pieux, contrairement à M. Mommsen.

Les *Institutes* doivent avoir été écrites à la fin du règne d'Antonin ; les autres ouvrages, et les meilleurs, ont tous été composés plus tard.

On sait que M. Mommsen fait habiter à Gaïus la province ; c'est à Troade, en Asie Mineure, qu'il le fait enseigner et vaquer à ses travaux littéraires. M. Huschke, au contraire, estime que c'est à Rome même qu'il faut placer Gaïus.

On sait combien les opinions divergent touchant ce petit fragment d'un traité des affranchissements qui se trouve inséré sous la forme d'un thème d'écolier, à la fois en assez bon grec et en fort mauvais latin, dans les *Hermeneumata* du grammairien Dosithée. Depuis Pierre Pithou, qui le publia le premier en

l'an 1573, jusqu'aux savantes et minutieuses recherches des Bœcking, des Lachmann et des Dirksen, une vingtaine d'avis contraires ont dominé tour à tour; et le texte, évidemment fort corrompu, a subi un assez grand nombre de modifications plus ou moins radicales. On admet généralement aujourd'hui que Dosithée, maître d'école au troisième siècle, a pris pour sujet de version latine à l'usage des petits Grecs, ses élèves, quelques chapitres d'un livre de *Règles de droit*, qu'il traduisit préalablement en grec. Quel était ce livre? M. Rudorff nomme les *Règles* de Paul, M. Dirksen les *Res quotidianæ* de Gaïus; M. Voigt opine pour Pomponius... M. Huschke essaye de démontrer que le fragment en question est de Cervidius Scévola, le conseiller de Marc-Aurèle et le maître du grand Papinien. Il invoque, entre autres arguments, certains rapports que Scévola paraît avoir eus avec la Grèce et quelques hellénismes qu'on remarque dans les passages de lui conservés au Digeste.

Nous nous laisserions entraîner au delà des bornes qui sont imposées à un simple compte rendu bibliographique si nous voulions suivre pas à pas le savant professeur de Breslau dans ses recherches sur le fragment *De jure fisci*, les Sentences de Paul, les fragments d'Ulpien, la *Collatio*, la *Consultatio veteris jurisconsulti* et les *Fragmenta vaticana*. On ne peut pas donner un extrait du livre de M. Huschke ; il faut le lire la plume à la main, et en faire la base permanente et nécessaire de toute étude sur l'histoire du droit romain et sur n'importe quel point de la législation de Justinien et de ses successeurs.

Qu'il nous soit permis de terminer cette lettre, déjà trop longue, par deux brochures sur des matières spéciales qui méritent considération parce qu'elles se rattachent à l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, de M. de Savigny.

L'Angleterre occupe une place fort modeste dans ce magnifique ouvrage; le lombard Vacarius, premier professeur de droit romain à l'université d'Oxford, y figure presque seul. Pierre de Blois, Jean de Salisbury, Glanvila, n'ont que peu de rapports avec les glossateurs de Bologne et la première renaissance. Il y a là des lacunes qui ne pourraient se combler que peu à peu, et cela surtout par les travaux de savants étrangers, car ce genre de recherches a peu d'intérêt pour les érudits d'Angleterre. Un juge de Kœnigsberg, M. Güterbock, vien

de faire de Bracton et de ses rapports avec le droit romain une étude spéciale qui mérite d'être recommandée [1]. Après avoir examiné le livre de Bracton dans son ensemble, il a recherché les éléments de droit romain qui peuvent s'y trouver, et étudié à ce point de vue le droit des personnes, les choses, les successions, le droit matrimonial, les obligations, la procédure civile, en particulier les *Assisa novæ disseisinæ*, et enfin le droit pénal contenu dans le Traité de la couronne.

Un autre Kœnigsbergeois, M. Emile Steffenhagen, a fourni à peu près au même moment de précieux suppléments à l'ouvrage de Savigny, en publiant une notice très-exacte sur plusieurs manuscrits de la Bibliothèque royale de la vieille capitale de la Prusse [2]. Beaucoup d'entre eux n'étaient connus jusqu'à ce jour que d'une manière incomplète, par l'intermédiaire de Sarti et de Diplovatacci, et présentent, si on les compare avec d'autres copies, des variantes notables. Ainsi, le traité *De summaria cognitione* de Jean Fasolus, de Pise, est assez différent de celui que connaissait Diplovatacci, et que M. Briegleb a édité d'après le *spéculateur* Guillaume Durant, qui paraît l'avoir considérablement mutilé. Parmi le grand nombre de traités, brocards, questions, miroirs, sommes, gloses, commentaires et conseils, desquels M. Steffenhagen indique le numéro au catalogue avec les renvois de rigueur au livre de M. de Savigny, nous signalerons une collection jusqu'alors inconnue des contradictions contenues dans la glose d'Accurse. Il ne faut pas confondre ce recueil avec le *Tractatus de glossis contrariis*, qui a été imprimé à Lyon en 1549, et que l'on attribue à tort ou à raison à Dinus. Le manuscrit de Kœnigsberg traite de la glose aux Institutes et au Digeste, mais dans un ordre bizarre; le *Digestum novum* est en tête, les Institutes sont à la fin. Cinus de Pistoie et Dinus sont souvent cités dans ce traité, ainsi que Bartole, qui paraît en être l'auteur. Sous le numéro 169 des Mss., f° 18, la Bibliothèque de Kœnigsberg possède une *Summa de his quæ in foro ecclesiastico coram qui-*

[1] *Henricus de Bracton, und sein Verhältniss zum Römischen Rechte*, in-8, 137 pages. Berlin, Springer, 1861.

[2] *Beiträge zu v. Savigny's Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Aus den Handschriften der kœniglichen Bibliothek zu Kœnigsberg mitgetheilt von Emil Steffenhagen.* Kœnigsberg, Græfe et Unzer. 1861. In-8, 40 pages.

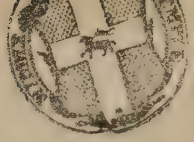
buscumque judicibus occurrunt notario conscribenda, du notaire Jean de Bologne, daté de l'an 1289, et dédiée à Jacques, par la grâce de Dieu archevêque de Cantorbéry et primat de toute l'Angleterre. Ducange connaissait un manuscrit du même Jean de Bologne. M. de Savigny n'en a pas parlé. M. Steffenhagen a publié *in extenso* une fort belle *Question* de Dinus, jusqu'alors inédite.

ALPHONSE RIVIER,
Docteur en droit, et *privat docent* à l'Université de Berlin.

La questione del Trent; Dissertazione per GIOVANNI DEGIOANNIS, professore di diritto pubblico marittimo, à Cagliari. In-8°, 3 francs. — Paris, Auguste Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7.

La question du *Trent* a heureusement cessé depuis longtemps déjà d'effrayer l'Europe. S'il est permis au public d'oublier un incident qui pouvait devenir si désastreux, les jurisconsultes et les publicistes n'ont pas le même privilége. Le souvenir du conflit auquel cette question a donné naissance doit les avertir de chercher à en prévenir le retour. Il est intéressant, surtout lorsqu'il s'agit de questions de droit international, de recueillir l'opinion des savants étrangers. Aussi devons-nous signaler à nos lecteurs la leçon éloquente professée à l'université de Cagliari par M. le professeur Degioannis, que de nombreuses publications sur l'histoire du droit et le droit international ont, depuis longtemps, fait connaître en Italie. La question du *Trent* y est résumée avec une admirable clarté et résolue à l'aide des principes les plus élevés du droit international. M. Degioannis a eu l'heureuse idée de joindre, sous forme d'appendice à sa leçon, l'avis des hommes politiques et des savants des différentes nations. Tous les documents nécessaires pour l'histoire de cette grave question se trouvent ainsi réunis dans cet ouvrage, dont la lecture dispensera de recherches longues et souvent difficiles.

E. TAMBOUR,
Avocat, docteur en droit.



ETUDE

SUR

LA RÈGLE CATONIENNE

EN DROIT ROMAIN.

(Suite et fin[1].)

---

46. Il nous semble impossible de rendre compte de la validité du legs reconnue par la loi 82, si l'on n'admet pas que les jurisconsultes romains distinguaient ces deux points : 1° appréciation de ce qui est nécessaire pour constituer un legs ; 2° détermination de la personne qui profitera du legs.

47. Sur le premier point, la validité *ab initio* du legs fait à un esclave dépendait seulement d'une double condition. D'abord, l'esclave légataire devait appartenir, lors du testament, à un maître jouissant de la *testamenti factio;* en second lieu, l'esclave, s'il eût été libre, devait pouvoir recueillir le legs. Il est évident que, sur ces deux questions, la réponse doit être affirmative, soit qu'on ait légué à un esclave la *res domini*, soit qu'on lui ait légué ce qui est dû purement au maître. Le légataire, nous le supposons, est l'esclave d'un citoyen romain. S'il était libre, il serait apte à acquérir ce qui ne lui appartient pas, et rien ne l'empêcherait d'exiger de l'héritier *ex testamento* ce que celui-ci devrait à une autre personne *ex alia causa*, la même chose pouvant être due plusieurs fois à divers créanciers, ce qui constitue des créances distinctes, dont l'une ne se confond pas avec l'autre. Du moment où il y a satisfaction à ces deux conditions, le legs est valable *ab initio*, puisque c'est *ex persona servi* que le legs *consistit*, prend son assiette, si nous pouvons nous servir de cette expression.

48. Quant au deuxième point, c'est-à-dire quant à savoir qui profitera du legs, les jurisconsultes n'y voyaient qu'une question d'avenir, étrangère à l'*initium*, et pour la solution de laquelle

[1] Voir le numéro de mai-juin 1862.

il fallait attendre le *dies cedens* effectif. Remarquons que celui qui lègue même purement à un esclave lègue *effectu* à un bénéficiaire qu'il ne peut pas connaître *à priori*, puisque ce sera le maître du jour réel du décès. En droit, il n'y a pas legs à une *persona incerta*, parce qu'il est fait à la personne de l'esclave qui est *certa*. Quant à la personne du maître, elle ne doit entrer en jeu qu'à la mort du testateur. C'est à cette époque que l'acquisition du legs se réalisera pour celui qui se trouvera alors propriétaire du *servus*. Le maître n'acquiert d'ailleurs que de seconde main, d'une manière consécutive. Ce qui est acquis, en effet, par un esclave passe par celui-ci avant d'arriver au maître, à tel point que le bénéfice d'une stipulation ne va pas quelquefois, quant à l'exercice du droit, plus loin que la personne de l'esclave qui a interrogé, par exemple, quand il s'agit d'un fait, (*omni modo persona stipulantis continetur*, Inst., § 2, *De stip. serv.*), parce que, aux yeux des Romains, il y avait là un droit qui n'était pas susceptible de se transmettre, (*quæ facti sunt non transeunt ad dominum*, l. 44, pr. *De cond. et dem.*). Il était, par conséquent, assez naturel de ne point s'inquiéter du bénéficiaire définitif, avant l'époque où cet individu indéterminé jusqu'alors pouvait être connu.

49. Sans doute, en raisonnant de la sorte, les jurisconsultes ne s'étaient pas montrés scrupuleux observateurs de la règle Catonienne, qui, appliquée rigoureusement, aurait dû conduire à un tout autre résultat. Mais, nous l'avons déjà fait observer, la rédaction de cette règle était mal conçue. Pour faire remonter au jour du testament l'*initium* d'un legs pur et simple, *initium* qui doit être exempt de vice, Caton s'était servi d'une formule qui allait au delà du but. L'interprétation des grands jurisconsultes dut donc réagir contre la lettre de la règle, pour ne s'attacher qu'à son esprit. De même que nous avons vu, à l'occasion des institutions d'héritier, les Proculéiens séparer les éléments de l'*initium* de ce qui lui était étranger, de même, pour les legs, Papinien et Paul s'efforçaient de dégager ce qui leur semblait constitutif de l'*initium*. Tout en respectant la forme de la règle Catonienne consacrée par la tradition, ces jurisconsultes établissaient en réalité, à côté de cette règle, une théorie qui s'en écartait, quand ils disaient : Le legs fait à un esclave est bon, si le maître, au jour du testament, a la *testamenti factio*, et si l'es-

clave, supposé libre, est apte à recueillir. Ils n'exigent rien de plus pour la validité originaire du legs ; ils excluent positivement la considération du maître sous tous les autres rapports. Or, c'est évidemment considérer le maître sous un autre point de vue que d'exiger *ab initio* que le maître soit capable d'acquérir le legs. Qu'importe à ce moment l'incapacité du maître, puisque le legs *consistit ex persona servi*, et non *ex persona domini?* Tant que le testateur vit, l'esclave, changeant de condition, emporte avec lui le legs, ce qui prouve qu'il n'est pas encore attaché au maître ; c'est seulement quand il sera cas de s'occuper de l'acquisition du legs, que commence à apparaître l'influence du *dominus*. C'est alors que le legs se détache de l'esclave pour entrer dans le patrimoine du maître. Si les choses sont telles que cette transition soit impossible, le legs n'aboutira pas ; il aura, au contraire, son effet, si, à ce moment, l'acquisition du bénéfice du legs peut se réaliser[1].

50. L'explication que nous venons de développer n'est-elle point contrariée par la nullité admise *à priori*, quand il s'agit du legs pur fait à l'esclave de l'institué ? Ne peut-on pas dire qu'ici se rencontrent également les éléments dont nous nous contentons pour la validité du legs dans son *initium?* L'esclave appartient à un maître jouissant de la *testamenti factio*, puisqu'il est institué héritier. D'un autre côté, si le légataire était libre, il pourrait profiter du legs. Quant à la question d'acquisition, elle ne doit se présenter que plus tard, lors du *dies cedens*. Il faudrait donc, semble-t-il, attendre cette époque, si notre système était vrai, et déclarer que ce legs, valable dans l'origine, restera tel, pourvu qu'à la mort du testateur la position du légataire soit telle qu'il n'y ait pas d'obstacle à l'acquisition du legs.

51. Cette objection nous avait paru d'abord devoir être résolue, en ce sens qu'il y aurait de la part du légataire absence de *testamenti factio*. Nous pensions que, pour l'esclave de l'institué,

[1] Le lien intime qui rattache le legs à la personne de l'esclave légataire n'était même pas nécessairement brisé par la survenance du *dies cedens*. Julien, l. 10, D. *De opt. leg.*, décide que si, postérieurement au *dies cedens*, le maître de l'esclave gratifié d'un legs affranchit cet esclave, et qu'en outre il répudie le legs auquel il avait un droit acquis, l'affranchi pourra réclamer à son profit l'exécution du legs.

la *testamenti factio* émanant du maître, et celle-ci étant employée dans l'intérêt du maître pour le rendre apte à être héritier, il impliquait contradiction qu'il la cédât à son esclave dans le but de diminuer l'acquisition que lui procure cette *testamenti factio*, ce qui serait en opposition avec la règle d'après laquelle un esclave ne saurait rendre pire la condition du maître. Mais nous avons dû, après réflexion, abandonner ce point de vue. Si la nullité du legs tenait, en effet, au défaut de *testamenti factio*, il n'y aurait pas à distinguer entre le legs pur et simple et le legs conditionnel, ce dernier exigeant, tout aussi bien que le premier, la *testamenti factio* chez le gratifié à l'époque de la confection du testament. On devrait renoncer à sauver aussi le legs conditionnel, tandis que dans l'opinion, du moins des Sabiniens, qui a prévalu, il était considéré comme pouvant être efficace. Nous croyons, par conséquent, qu'il ne faut pas dénier la *testamenti factio* à l'esclave de l'héritier, mais se borner à dire qu'elle est paralysée et condamnée à l'inertie toutes les fois qu'elle ne peut se développer qu'au détriment du maître. On conçoit facilement qu'un legs conditionnel soit valable, quand l'esclave de l'institué a changé de position lors de l'événement de la condition, la *testamenti factio* du légataire se trouvant dégagée de ses entraves avant que le legs produise aucun effet. Pourquoi n'en est-il pas de même à l'égard du legs pur et simple, si ce dégagement s'est déjà produit à la mort du testateur? Pourquoi ne pas attendre toujours le moment de l'acquisition, comme on le fait au cas où l'esclave est légataire de la *res domini*?

52. La réponse à cette question doit se tirer, à notre gré, des exigences particulières à l'*initium*. Nous savons que, pour un legs pur et simple, l'*initium* est contemporain de la confection du testament, et que c'est là ce qu'avait pour but d'exprimer la règle Catonienne, qui, malheureusement, était rédigée d'une manière trop générale. Or, pour qu'un legs puisse s'asseoir (*consistere*), il est indispensable qu'il mette en rapport, comme ayant des intérêts opposés, deux personnes dont l'une ne soit pas sous la puissance de l'autre. Sans cela, il est impossible de songer à un legs. L'indépendance de position entre le grevé et le gratifié est une des conditions de l'*initium* d'un legs; c'est celle qui fait défaut dans l'espèce. Sans doute nous avons vu précédemment que, pour concevoir un legs au profit d'un esclave, il n'y avait que

deux points à examiner : 1° le maître a-t-il *testamenti factio?* 2° l'esclave pourrait-il prendre, s'il était libre? Cela est vrai, quand il s'agit d'un *servus alienus*, expression formellement employée dans la loi 82. Or, l'esclave de l'héritier n'est pas celui que les Romains appellent *alienus*[1]. Aux deux conditions signalées dans la loi 82, il faut ajouter, pour constituer l'*initium*, une séparation, quant aux patrimoines, entre l'héritier et le légataire. Paul n'avait pas besoin d'exprimer cette condition, parce qu'il parlait d'un *servus alienus*. Lorsqu'il s'agit, au contraire, de l'esclave de l'héritier, l'absence de cette dernière condition, également constitutive de l'*initium*, est ce qui fait obstacle à la validité du legs[2]. C'est donc avec raison que les jurisconsultes fondent la nullité du legs sur la règle Catonienne, dont l'effet est de faire remonter l'*initium* du legs pur et simple jusqu'au jour du testament. Si le legs conditionnel au profit de l'esclave de l'héritier peut être bon, cela tient à ce que l'*initium* du legs ne date alors que du jour où la condition s'accomplit; *quia in hujus modi legatis* (dit Paul, l. 98, D. *De cond. et dem.*) *non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet*. On n'a pas suivi l'opinion des Proculéiens, qui faisaient découler un *debere* de l'existence d'un legs conditionnel, et qui, par suite, annulaient le legs sous condition de même que le legs pur et simple. La mort immédiate du testateur eût amené à leurs yeux un rapport de créancier et débiteur entre l'esclave et le maître, rapport impossible en droit.

53. Nous avons déjà fait observer que, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand l'esclave était institué et que le maître

[1] Les Institutes, § 4, *De legat.*, quand elles indiquent ce qui peut être l'objet d'un legs, opposent les *res heredis* aux *res alienæ*. Les règles n'étaient point les mêmes dans les deux cas. La validité du legs portant sur la *res heredis*, à la différence du legs d'une *res aliena*, ne dépendait pas de cette circonstance, que le testateur fût bien instruit de son défaut de propriété. Voir l. 67, § 8, D. *De legat.* II.

[2] Le legs fait à l'esclave de l'institué étant nul *ab initio*, il était du nombre de ceux qu'on disait *pro non scriptis*; il n'était pas gouverné par les règles du *jus caduca vindicandi*. Si l'on suppose un legs de la *res domini* au profit de l'esclave du *dominus*, et que le légataire se trouve encore, à la mort du testateur, sous la puissance du même maître, le legs, qui était valable à l'origine, viendra à défaillir, et appartiendra à ceux qui étaient fondés à bénéficier des dispositions *caduques*.

était légataire pur et simple, les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre la validité du legs originairement, sauf à le laisser s'évanouir, si le légataire devenait héritier par son esclave. Cette décision n'offre rien de contradictoire avec celle qui était suivie pour le cas où les rôles étaient répartis de la façon contraire. Sans doute, si le testateur fût mort incontinent, ce qu'il faut supposer, puisqu'il s'agit d'un legs pur et simple, le bénéfice de la disposition se serait fixé sur la tête du maître. Toutefois, ce légataire ne devait pas nécessairement rencontrer pour héritier son propre esclave à raison des principes qui régissent l'acquisition des hérédités laissées à des esclaves. Il est vrai qu'un esclave est valablement institué, pourvu qu'il ait un maître jouissant de la *testamenti factio*, et que c'est lui personnellement qui doit faire adition. Néanmoins, l'esclave par lui-même n'est point apte à être investi de l'hérédité. Celle-ci reste jacente tant qu'elle ne trouve que la personne de l'esclave, et qu'il n'y a point, à côté de lui, un maître voulant et pouvant jouer le rôle d'héritier. Le droit à l'hérédité est bien supporté par l'esclave; il l'accompagne dans ses changements de condition. Mais ce droit ne prend vie, en quelque sorte, et ne se met en action qu'au profit d'un citoyen romain, seul sujet capable d'être héritier. C'est le *jussus domini* qui fait apparaître véritablement un héritier; et par l'effet de ce *jussus*, celui qui le donne est considéré comme ayant été lui-même institué. Quant au maître, qui perd la propriété de l'esclave avant l'adition, il a toujours été étranger au titre d'héritier; la règle Catonienne ne fait point obstacle, par conséquent, à un legs pur et simple au profit du maître au jour du testament, puisqu'on conçoit très-bien les qualités de légataire et d'héritier comme pouvant se fixer sur des personnes indépendantes l'une de l'autre, même dans le cas où la mort du testateur suivrait immédiatement l'achèvement du testament. L'*hereditas*, en effet, est-il dit aux Institutes, § 33, *De legat.*, se trouverait *separata a legato*, au moyen d'une aliénation ou d'un affranchissement antérieur à l'adition, ce qui rendrait le legs utile (*quibus casibus utile est legatum*).

54. Une dernière observation nous reste à faire, en ce qui concerne le legs laissé à l'esclave de l'institué. On sait que, pour la validité de ce legs, la jurisprudence romaine distinguait entre la

disposition pure et simple et celle qui était conditionnelle. Cette distinction, si elle avait été observée rigoureusement, eût amené cette conséquence, qu'un legs inutile, parce qu'il a été laissé purement à l'esclave de l'héritier, se serait trouvé transformé en un legs valable, dans le cas où, soit par une disposition nouvelle contenue au testament, soit dans un codicille postérieur [1], le legs aurait été révoqué sous condition. On disait, en effet, que l'*ademtio sub conditione*, appliquée à un legs pur, devait faire envisager les choses comme si le legs eût été fait sous une condition contraire à celle de la révocation (voir l. 10, pr. D. *De adim. legat.*, l. 6, pr. D. *Quand. dies legat.*) Dans notre espèce, ce point de vue devait être repoussé, parce qu'il paraissait choquant qu'une *ademtio* eût pour résultat d'améliorer la position du légataire. Telle est la décision formulée dans la loi 14, pr. D. *De adim. legat.*, et justifiée en ces termes : *Ademtio autem quo minus, non quo magis legatum debeatur, intervenit.* — Cette doctrine ne doit-elle pas être restreinte au cas où le testateur aurait agi *animo adimendi*, en vue de diminuer les chances du légataire? Il nous semblerait bien sévère de l'admettre également quand la pensée du testateur a été simplement de rectifier une disposition dont la nullité lui apparaît sous la forme qu'il lui a donnée d'abord, et qu'il la modifie dans l'intention de faire quelque chose d'utile. Il s'est borné, par exemple, à dire que ce qu'il avait laissé purement à l'esclave de l'héritier, il le lui laissait sous condition. L'idée d'une *ademtio*, avec ses conséquences logiques, n'est pas celle qui doit prévaloir. Le disposant a plutôt voulu rendre valable ce qui ne l'était pas. Faudra-t-il encore annuler le legs, parce qu'il aura été d'abord énoncé purement et simplement?

55. Nous devons maintenant étudier une dernière application de la règle Catonienne, en examinant le rôle qu'elle joue, quand il s'agit du legs que le testateur laisse à son propre esclave. Un pareil legs était possible dans deux circonstances : 1° si le testateur donnait la liberté à l'esclave qu'il gratifiait d'un legs ; 2° s'il léguait à un tiers l'esclave au profit duquel il faisait un legs. En dehors de l'une ou de l'autre de ces circonstances, le legs était

[1] Peu importe l'intervalle écoulé entre le testament et le codicille. Ce dernier se confond avec le testament et doit être censé écrit en même temps que lui, suivant la loi 2, § 2, D. *De jur. codic.*

nul, puisque l'esclave restait *in hereditate*, et devait ainsi acquérir le legs pour l'hérédité.

Première hypothèse. — *Legs à un esclave affranchi.*

56. Les Romains n'admettaient pas que le maître pût léguer à l'un de ses esclaves sans l'affranchir [1]. La règle est posée dans divers textes d'une manière absolue, sans qu'il y ait de distinction entre le legs conditionnel et le legs pur et simple. Le legs, fût-il conditionnel, ce serait à la fois donner et retenir, puisque le testateur conserve la propriété de l'esclave ; ce serait, après la mort du disposant, placer le legs *in arbitrio heredis*. Aussi la loi 4, C. *De legat.*, porte-t-elle : *Servis testamento dominorum non data libertate, legatum seu fideicommissum relictum non valet* [2]. La nullité du legs non accompagné de l'affranchissement est également écrite en termes généraux dans les lois 76, D. *De her. instit.*, et 102, *De legat.*, I. Le legs, se trouvant alors nul *ab initio*, il n'est pas susceptible de confirmation à raison d'un changement survenu dans la condition de l'esclave, observation consignée formellement dans la suite de la loi 4 déjà citée ; et la loi 102 fait une application du même principe. Il y est question d'un esclave affranchi par un mineur de vingt ans, *causa non probata*. L'affranchissement est sans valeur ; plus tard, l'esclave est aliéné, et obtient régulièrement la liberté. Néanmoins il n'aura pas droit au legs qui lui aurait été laissé par le mineur, qui n'a pas réussi à lui donner la liberté.

57. Quand le testateur avait eu la précaution d'affranchir l'esclave qu'il gratifiait d'un legs, il avait fallu, pour rendre efficace le legs pur et simple, s'écarter de la règle ordinaire relative au *dies cedens*. Au lieu de le placer, suivant l'usage, au jour de la mort du testateur, on le reculait jusqu'à l'adition de l'hé-

[1] Il faut excepter le cas, dont nous nous occuperons tout à l'heure, où l'esclave légataire serait lui-même l'objet d'un legs.

[2] Notons que Justinien, tout en laissant l'esclave auquel le maître a légué sans l'affranchir sous le pouvoir de l'héritier, trouve le moyen de concilier la durée de l'esclavage avec l'obligation imposée à l'héritier d'exécuter le legs au profit de son esclave. Cette idée, consacrée par la loi 5, § 2, C. *De necess. serv.*, serait entrée difficilement dans l'esprit des anciens jurisconsultes.

rédité. Le motif de cette déviation est indiqué par Ulpien, l. 7, § 6, et l. 8, D. *Quand. dies legat.* Le légataire, ne devenant libre qu'au moment de l'adition, n'aurait pu acquérir le legs, si le *dies cedens* eût été contemporain du décès. Le legs aurait été nul et acquis à l'*hereditas*, à laquelle appartient jusqu'à l'adition l'esclave affranchi même directement par testament.

58. Si l'affranchissement était exigé pour la validité du legs fait par le testateur en faveur de son esclave, il n'était pas indispensable que l'affranchissement fût pur et simple ; il pouvait n'être que conditionnel. Seulement, il y avait alors une chance de nullité du legs, comme le fait observer Ulpien, *dict. l.* 8, *in fine.* Sa validité dépendait du point de savoir si la condition mise à l'affranchissement s'accomplirait antérieurement à l'adition. Cette adition venait-elle à se réaliser à une époque où le légataire était encore esclave, le titulaire du legs se trouvait incapable de l'acquérir au moment du *dies cedens.* Aussi Julien, l. 91, § 1, D. *De legat.* I, après avoir dit que l'esclave, auquel la liberté est donnée *præsenti die*, peut recevoir de son maître un legs pur et simple ou conditionnel, établit-il une distinction quant à l'efficacité du legs pur et simple, si le légataire n'est affranchi que sous condition. Dans le cas où la condition mise à la liberté est de nature à pouvoir s'accomplir après la mort du testateur, *avant* l'adition (l'esclave doit compter dix à un tiers, à Titius, ou monter au Capitole), la volonté du testateur est facile à exécuter *ante aditam hereditatem*, le legs sera valable ; la liberté et le legs arriveront à la fois à l'esclave au moment de l'adition. Dans le cas, au contraire, où la condition de la liberté n'est réalisable que postérieurement à l'adition (c'est à l'héritier même qu'une somme doit être payée, c'est après l'adition que le légataire devra monter au Capitole pour devenir libre), le legs est inutile, son *dies cedens* précédant l'instant où l'affranchissement produira son effet. Mais cette distinction, ajoute Julien, serait inapplicable, si l'institué était un héritier nécessaire ; il faudrait alors se prononcer absolument pour la nullité du legs.

59. C'est précisément la règle Catonienne qui commande cette décision, comme le fait remarquer Mæcianus dans la loi 86, D. *De cond. et dem.*, où il signale l'influence exercée par cette règle sur la validité du legs laissé purement à l'esclave affranchi sous

condition : *Cum vero libertas sub conditione, legatum autem præsenti die datum est, in hoc quæstio est an constiterit legatum? Etenim nec Catonianæ sententiæ locum in proposito esse, quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset conditio libertatis ante aditam hereditatem impleri, et legatum manumisso deberi : nisi forte necessarius heres extitisset : tunc enim omnimodo inutile erit legatum jure ipso, quia sub conditione acceperit libertatem.* Toutes les fois, en effet, que l'héritier est volontaire, et que par suite une adition est exigée pour l'acquisition de l'hérédité, le legs même pur et simple laissé à l'esclave du testateur échappe à la règle Catonienne, parce que le *dies cedens* se sépare du moment du décès pour être retardé jusqu'à l'adition. Cet intervalle entre le décès et l'adition, qui écarte la règle Catonienne, et laisse de la marge pour ménager au cas de mort immédiate la validité du legs, cet intervalle disparaît, quand le testateur a institué un *heres necessarius*. On se trouve alors en présence d'un legs dont le *dies cedens* arriverait aussitôt la mort du testateur, puisqu'il n'y aurait pas lieu à une adition, et que l'hérédité serait sur-le-champ acquise à l'institué. Le legs doit donc être régi rigoureusement par la règle Catonienne : il serait nul, si le testateur mourait de suite ; il ne peut pas *tractu temporis convalescere* [1].

60. Du reste, comme la nullité du legs tient à l'existence d'un héritier nécessaire, tandis que le legs serait valable au regard d'un héritier volontaire, il faut circonscrire cette nullité dans les limites où opère le motif qui le produit. De même que l'inutilité du legs pur fait à l'esclave de l'institué ne dépasse point, comme nous l'avons vu plus haut, ce qui grève la portion héréditaire du

[1] Dans la première partie de la loi 86, Mæcianus veut dire qu'en général on devra établir un lien entre la liberté conditionnelle et le legs, quand même le testateur n'aurait pas exprimé ce rapport. C'est un moyen de sauver le legs, toutes les fois que la volonté du testateur n'est pas contraire à cette supposition, à l'aide de laquelle un autre jurisconsulte, Callistrate, dans la loi 82, D. *De cond. et dem.*, maintient un legs fait à un esclave affranchi sous condition. Les choses doivent, en principe, être traitées comme si ce lien existait ; on le sous-entendra pour faire coïncider le *dies* du legs avec celui de l'acquisition de la liberté : *veluti cum in tempore libertatis legatum collatum esset.* Cependant, ajoute Mæcianus, cet expédient n'est pas possible si, à côté d'un affranchissement conditionnel, le legs est fait expressément *præsenti die ;* il faudra alors suivre la distinction développée dans la fin du texte.

maître, de même, si le legs pur laissé à l'esclave affranchi sous condition ne pèse pas exclusivement sur un *heres necessarius*, parce qu'il existe à côté de lui un *heres extraneus*, le legs pourra être valable en ce qui concerne ce dernier héritier, pourvu que la condition de l'affranchissement s'accomplisse avant l'adition faite par celui-ci. Remarquons, en effet, que Julien, dans la loi 91, quand il déclare le legs inutile, suppose formellement cette circonstance, que l'héritier nécessaire est *ex asse scriptus*.

61. Nous avons vu que la validité du legs pur au profit de l'esclave du testateur dépendait d'un affranchissement au moins conditionnel. Que devra-t-on décider au cas où le testament contiendrait un legs qui ne serait accompagné d'aucun affranchissement, si plus tard, par un codicille, la liberté est conférée au légataire? Appliquera-t-on alors la règle Catonienne, qui semble exiger la nullité? La question est prévue, et résolue négativement dans la loi 8, § 5, D. *De jur. codic.*, et Paul, auteur de ce texte, motive la validité du legs, en disant : *Utile legatum esse dicemus : quasi ab initio constiterit legatum*. Cette manière d'envisager le legs tient à une fiction, en vertu de laquelle les dispositions écrites dans un codicille étaient réputées écrites dans le testament même, fiction énoncée dans la loi 2, § 2, *eod. tit. : Codicillorum jus singulare est, ut, quæcumque in his scribentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*. Grâce à cette fiction, qui identifie l'époque de la confection du codicille et celle du testament, la règle Catonienne se trouve satisfaite ; et on peut dire que le legs *ab initio constitit* [1].

[1] Julien (l. 2, § 2), après avoir exposé la fiction dans les termes que nous avons cités, fait une application de ce principe, en déclarant valable l'affranchissement contenu dans un codicille à l'égard d'un esclave qui appartenait au testateur lors du testament, mais non au moment du codicille; il sous-entend que la propriété est revenue au disposant, et qu'il l'avait encore à son décès. La liberté, au contraire, ne vaudrait que par fidéicommis, si la propriété faisait défaut à l'époque du testament, bien qu'elle existât à l'époque du codicille. Nous n'hésitons pas à admettre avec Cujas, Favre, Pothier, etc., qu'il faut effacer le *non* que porte le manuscrit de Florence.— La fiction était cependant écartée quand il s'agissait d'apprécier une condition de fait : *in illis quæ non juris, sed facti sunt*, dit la loi 7, § 1. C'est pourquoi Julien, l. 2, pr., reconnaît valable le fidéicommis laissé par un codicille à celui qui était né lors du codicille, mais qui ne l'était pas lors du testament. Le bénéficiaire n'est pas considéré comme un pos-

62. La fiction qui servait à rendre valable, au moyen d'une disposition codicillaire, un legs qui eût été nul en n'envisageant que le testament, ne pouvait avoir pour effet de modifier une institution d'héritier, et transformer en pure et simple celle qui était d'abord conditionnelle, bien que l'on eût dû arriver à ce résultat en incorporant le codicille au testament. On sait que, quand un esclave institué purement par son maître n'a été affranchi que sous condition, cette condition rejaillit sur l'institution, l'esclave ne pouvant être héritier de son maître qu'autant qu'il est libre : *Differtur institutio in id tempus quo libertas data est*, dit la loi 3, § 1, D. *De her. instit.* En vain un codicille viendrait-il plus tard conférer purement la liberté à l'esclave, l'institution n'en restera pas moins conditionnelle. C'est ce qu'enseigne Julien, l. 38, § 1, *eod. tit.* Un esclave est institué purement, mais affranchi seulement sous la condition de payer dix dans tel délai. Survient un codicille qui lui donne la liberté purement ; néanmoins il ne sera héritier qu'autant qu'il satisfera à ce qui est exigé par le testament. La liberté testamentaire ayant été subordonnée à une condition, l'institution y était également subordonnée. Si le codicille est impuissant à changer l'état des choses réglé par le testament au point de vue de l'institution, cela tient à cette règle du droit romain, suivant laquelle un codicille n'a pas la vertu de faire une institution, ni de la modifier.

63. Remarquons enfin que, si l'affranchissement est nécessaire pour la validité *ab initio* du legs fait par un maître à son esclave, cette circonstance devient inutile quand une fois l'esclave est affranchi entre-vifs ou aliéné. Le legs n'en subsistera pas moins au profit de l'affranchi ou du nouveau maître de l'esclave, lors même que la condition mise à l'affranchissement viendrait à défaillir. Toutefois le legs ne sera valable qu'autant qu'il n'aurait pas déjà été frappé de nullité par la défaillance de la condition survenue tandis que le légataire était encore au pouvoir du testateur. Tant qu'il reste *servus proprius testatoris*, la validité du legs est subordonnée à la dation de la liberté au moins en expectative. La liberté fait-elle défaut à une époque où le légataire n'est pas sorti de la puissance du testateur, le

thume externe; le motif en est celui-ci : *tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum spectandum*, dict. l. 7, § 1.

legs s'évanouit, *ad irritum recidit,* disent les Romains. Il se trouve réduit *ad eum casum a quo incipere non poterat :* c'est comme s'il était nul dès l'origine, et il ne saurait désormais profiter à personne. Telle est la doctrine qui ressort de la loi 38, § 4, D. *De her. instit.*

Deuxième hypothèse. — *Legs fait à un esclave qui lui-même est légué.*

64. Dans cette hypothèse encore, pour rendre efficace le legs pur et simple, il avait fallu en reculer le *dies cedens* jusqu'au jour de l'adition de l'hérédité. Le légataire de l'esclave ne devenant, en effet, propriétaire de l'esclave qui lui est légué qu'au jour de l'adition, c'était seulement à cette époque qu'il était en mesure d'acquérir par cet esclave, de telle sorte que, si le *dies cedens* du legs laissé purement à l'esclave légué eût été fixé au moment de la mort du testateur, ce dernier legs aurait profité à l'hérédité, qui se trouve jusqu'à l'adition *domina servi*[1], et aurait été par conséquent inutile. La validité du legs, grâce à ce retard apporté au *dies cedens,* est expliquée par Julien dans la loi 69, pr. D. *De legat.* I : *Servo legato legari posse receptum est : quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum.* Le même jurisconsulte (l. 17, D. *Quand. dies leg.*) fait observer qu'ici, pour le même motif, la règle Catonienne ne fait pas obstacle au legs : *Quia etsi confestim paterfamilias moreretur, non in ejusdem personam et emolumentum legati et obligatio juris concurreret.* Dans ce cas, comme dans le précédent, il est vrai de dire avec Ulpien (l. 7, § 6, D. *Quand. dies leg.*) : *Interdum aditio heredis legatis moram facit : ut puta si forte servo manumisso, vel si*[2] *cui servus legatus est, et ideo servo aliquid legatum sit; nam servo legati relicti ante aditam hereditatem dies non cedit.*

[1] En supposant qu'un esclave légué fût gratifié par un tiers d'un legs pur et simple, le *dies cedens* de ce legs aurait lieu suivant la règle ordinaire. Le bénéfice en serait acquis à l'hérédité jacente, et non au légataire de l'esclave, dans le cas où le *dies cedens* serait antérieur à l'adition de l'hérédité dont dépend l'esclave légué. Voir l. 91, § 6, D. *De legat.* I, et l. 38, D. *De legat.* II.

[2] Nous adoptons la correction de Cujas, qui substitue le mot *si* à *ei*, que portent tous les manuscrits.

65. Le legs secondaire (*legatum sequens*, disaient les Romains), c'est-à-dire le legs laissé à l'esclave légué, est donc valable, parce qu'il peut être acquis par un tiers, par le légataire principal, c'est-à-dire par le légataire de l'esclave. Ce legs principal, à l'aide duquel peut subsister le legs secondaire, n'est-il par hasard que conditionnel, il faudra alors user de la distinction que nous avons établie précédemment à l'occasion de l'affranchissement conditionnel accompagnant un legs fait par le testateur à son esclave. Nous avons vu que ce legs n'avait d'effet qu'autant que la condition mise à l'affranchissement s'accomplissait avant l'adition. De même ici la condition du legs principal devra s'accomplir antérieurement à l'adition, pour qu'il y ait moyen de déclarer utile le legs fait à l'esclave légué. Nous avons vu également que cette distinction n'était pas possible, alors qu'il y avait institution d'un *heres necessarius*. Une restriction analogue est encore ici commandée par les principes. L'existence d'un *heres necessarius* supprime effectivement tout intervalle entre la mort et l'acquisition de l'hérédité, qui s'opère alors *ipso jure*, indépendamment d'une adition à laquelle on ne peut pas penser. Par suite, au lieu d'un legs avec *dies cedens* postérieur au décès, nous avons un legs dont le *dies cedens* est contemporain du décès. Le legs pur laissé à l'esclave du testateur équipolle à un legs pur ordinaire. La règle Catonienne exige donc qu'on le déclare nul, puisque, au cas de mort immédiate du disposant, le *dies cedens* du legs laissé à l'esclave trouverait cet esclave sous la puissance de l'héritier, quand cet esclave légataire n'a été légué que conditionnellement.

66. Telle est la doctrine que consacre explicitement un texte fort intéressant de Paul, la loi 13, pr. D. *De opt. vel elect. legat.* Voici l'espèce prévue par ce jurisconsulte. Un testateur a légué à quelqu'un (à Titius, par exemple) l'option d'un esclave; et en outre il a légué quelque chose à l'un de ces esclaves, à Stichus, mais sans l'affranchir : *Si optio servi data mihi fuerit, et Sticho aliquid sine libertate legasset.* Du temps des jurisconsultes, le *legatum optionis* avait un caractère conditionnel. Non-seulement l'option ne pouvait avoir lieu que *post aditam hereditatem* (l. 16, *dict. tit.*), mais, de plus, la faculté d'opter devait être exercée personnellement par le légataire, qui ne transmettait pas ce droit à ses héritiers (§ 23, Inst. *De legat.*). — Est-il possible que le

legatum sequens, le legs laissé à Stichus, soit valable ? Oui, répond Paul, pourvu qu'avant le *dies cedens* de ce legs, c'est-à-dire avant l'adition d'hérédité, le *legatum optionis*, le legs fait à Titius, ait cessé d'être conditionnel, et se soit transformé en un legs portant simplement sur Stichus, ce qui arrivera, si, antérieurement à l'adition, la *familia* du testateur, l'ensemble de ses esclaves s'est réduit à un seul qui est précisément Stichus. *Tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est Stichum, reciderit ; ut quasi pure legato utiliter sit legatum.* On ne peut pas, fait observer le jurisconsulte, objecter que la règle Catonienne est contraire à cette décision, du moins toutes les fois que l'héritier institué est *voluntarius. Nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit ; quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui ;* car alors le legs laissé à Stichus échappe à la règle Catonienne, son *dies cedens* n'étant pas antérieur à l'adition. Peu importe que le legs ne dût pas avoir d'effet en cas de mort immédiate. On doit attendre le *dies cedens* pour se prononcer sur le mérite du legs. Il suffit qu'au moment de l'adition le legs fait à Titius soit devenu pur et simple ; les choses seront traitées comme si Titius était légataire déterminément de Stichus. La règle Catonienne, au contraire, empêcherait ce résultat de se produire, malgré la réduction à Stichus seul de la *familia* du testateur lors de sa mort, si l'on suppose qu'il y avait institution d'un *heres necessarius*. Dans ce cas, il n'y a plus de marge entre la mort du testateur qu'on doit supposer immédiate et le *dies cedens* du legs fait à Stichus. Ce legs eût été inutile, si le testateur fût mort de suite : il doit rester tel. *Quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.*

67. Quelques auteurs [1] ont pensé que la loi 13 n'était plus en harmonie avec le droit de Justinien, depuis la réforme opérée par la loi 3, C. *Comm. de legat.*, suivant laquelle le *legatum optionis* est devenu un legs pur et simple, dont le bénéfice passe aux héritiers, pourvu que le légataire ait survécu au testateur, et bien qu'il soit décédé sans avoir réalisé l'option qui lui était concédée. Désormais, a-t-on dit, le *legatum optionis* n'étant plus conditionnel, le légataire d'option devrait toujours profiter du

[1] Voir Harnier, *De regula Catoniana*, § 31.

legatum sequens, puisque le *dies cedens* du legs principal a lieu *mortis testatoris tempore*, et coïncide, même au cas d'un *heres necessarius*, avec le *dies cedens* du legs laissé à l'esclave. Cette opinion nous semble devoir être repoussée, comme le fait justement observer M. Arndts [1]. Le changement effectué par Justinien ne saurait influer sur la question de validité du *legatum sequens*. Sans doute le *legatum optionis* n'est plus conditionnel; il n'est plus subordonné au choix personnel du légataire, et il a son *dies cedens* dès le jour du décès du testateur. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il ne s'éteindra pas par la mort du légataire qui n'aurait pas opté de son vivant. Mais prenons garde que, si le *legatum optionis* est devenu pur, si son *dies cedens* est avancé jusqu'à la mort du testateur, il ne s'ensuit nullement que dès cet instant le légataire *optionis* ait la propriété d'un esclave du testateur, pas plus qu'il ne l'aurait déjà si un esclave déterminé lui avait été légué. La propriété de la chose léguée ne passe jamais au légataire *ante aditam hereditatem*. S'il est légataire d'un corps certain, d'une *species* dépendant de l'hérédité, la propriété sera, il est vrai, pour lui contemporaine de l'adition, au cas d'un *heres voluntarius*, et de la mort du testateur, au cas d'un *heres necessarius*. Mais quand la chose léguée n'est pas déterminée, quand elle ne peut l'être que par un choix qui exige une manifestation de volonté de la part du légataire, la propriété ne peut être acquise que *post aditam hereditatem*. Si donc le droit du légataire ne s'est pas fixé par la force des choses antérieurement à l'adition sur l'esclave légataire, à raison de ce qu'il était le seul qui se trouvât *in hereditate*, le légataire d'option ne sera propriétaire de Stichus, et capable d'acquérir par lui qu'après l'adition, c'est-à-dire à un moment où déjà le *dies cedens* du legs fait à Stichus se sera réalisé, et où ce legs se sera évanoui. Aussi est-ce avec raison que les compilateurs des Pandectes ont conservé des textes qui décident que, toutes les fois qu'il y a une option exercée, le légataire de l'option ne peut prétendre au legs laissé à l'esclave qu'il a opté. Voir en ce sens les lois 11 et 15, *De opt. vel elect. legat.*

68. Nous avons constaté que les règles du droit romain étaient les mêmes quand il s'agit d'apprécier la validité du legs laissé

[1] P. 228.

à l'esclave du testateur, soit qu'il y ait affranchissement du légataire, soit que l'esclave légataire fût lui-même l'objet d'un legs. Cette uniformité se rencontre également en ce qui concerne l'efficacité de l'*ademtio* dont serait frappé l'un ou l'autre de ces legs, à une époque où le légataire serait sorti de la puissance du testateur. Les lois 26 et 27, D. *De adim. legat.*, prévoient cette double hypothèse, et résolvent la question par une distinction entre le cas où la puissance aurait été perdue par l'effet d'une aliénation, et celui où elle l'aurait été à raison d'un affranchissement entre-vifs.

69. La loi 26 [1] s'occupe du legs avec affranchissement. Suivant le *principium* de cette loi, si l'esclave affranchi et gratifié d'un legs est aliéné par le testateur, et qu'ensuite une *ademtio libertatis* survienne dans un codicille, la révocation est valable, bien qu'au premier abord une *ademtio libertatis* paraisse chose inutile à l'égard de l'esclave d'autrui. Ce point de vue n'est pas exact, dit le jurisconsulte ; car l'esclave aliéné pourrait redevenir l'esclave du testateur. *Constitit enim ademtio, quia possit redimi.* Voici comment on doit paraphraser ces quelques mots. La liberté conférée dans le testament en même temps que le legs n'était pas irrévocablement perdue par suite de l'aliénation. Que l'esclave rentre dans le patrimoine du testateur, la liberté testamentaire produirait son effet, à défaut de l'*ademtio*, puisqu'il suffit pour la liberté directe que l'esclave appartienne au testateur lors du testament et lors du décès. L'intervalle entre ces deux époques est indifférent, de même que pour la validité de l'institution d'un héritier nécessaire (l. 50, pr. D. *De her. inst.*). Le testateur faisant quelque chose d'utile par cette révocation, il faut en tenir compte. Dès lors, comme les dispositions codicillaires se fondent, ainsi que nous l'avons vu, avec le testament dont elles sont censées faire partie, l'*ademtio libertatis* entraîne la nullité du legs, suivant cette règle : *Cum libertas adimitur, legata servis relicta nihil attinet adimi* (l. *ult.*, § 1 D. *De adim. legat.*). C'est comme si le legs n'avait pas été accompagné de la liberté. Il sera *pro non scripto*, et non *in causa caduci ;* dans tous les cas, le nouveau propriétaire de l'esclave n'y aura pas droit. — Pour valider l'*ademtio libertatis*, Paul in-

[1] Cujas, *Comment. in lib. IX, Quæst. Pauli ad h. l.* qualifie cette loi de *difficilis et subtilis.*

voque en outre les effets de la *datio libertatis*, qui peut être utile à l'égard d'un esclave dont le testateur était propriétaire à l'époque du testament, bien que cette *datio* soit contenue dans un codicille fait à un moment où l'esclave n'appartenait plus au disposant. Pourvu qu'il soit rentré dans le patrimoine de celui-ci lors du décès, l'affranchissement opérera directement, en vertu du codicille qui s'incorpore au testament. En un mot, Paul ne fait que reproduire une solution donnée par Julien, l. 2, § 2, D. *De jur. codic.*, dont nous avons déjà parlé [1].

70. Le paragraphe 1er, passant ensuite au cas où l'esclave affranchi par testament et gratifié d'un legs serait plus tard affranchi entre-vifs, décide que c'est en vain que la liberté lui serait retirée par un codicille : le legs n'en subsistera pas moins. *Videamus an perdiderit legatum vana ademtio libertatis, quod quidam putant ; sed supervacua scriptura non nocet legato.* Quelques esprits étaient d'un avis contraire. Sans doute ils pensaient que si l'affranchi retombait au pouvoir du testateur, dont il se trouverait être l'esclave lors du décès, l'*ademtio libertatis* serait efficace. Cette objection est repoussée par Paul dans la loi suivante, § 1, où il traite de la validité de l'*ademtio* pour l'hypothèse du legs fait à un esclave légué. L'affranchissement entre-vifs, dit le jurisconsulte, a fait disparaître absolument la *persona servi*. En supposant que l'affranchi retombe *in servitute*, il y aurait alors un *novus homo*, tout autre que l'*homo* auquel la liberté a été conférée dans le testament d'une manière éventuelle, et par un acte entre-vifs d'une manière immédiate. L'*ademtio libertatis* écrite au codicille est *nullius momenti*, parce qu'elle s'applique à un *homo* qui a cessé d'exister. Cette *ademtio* doit donc rester sans valeur ; et, par suite, une *supervacua scriptura* ne saurait effacer un legs valable *ab initio* [2].

71. La loi 27, D. *De adim. legat.*, qui appartient au même

[1] Voir p. 523.

[2] Paul est fidèle à son point de vue, quand il décide, l. 98, § 8, D. *De solut.*, que celui qui a promis *servum alienum* est libéré définitivement, à raison de l'affranchissement émané du *dominus*, et que l'obligation, *in perpetuum sublata*, ne revivrait pas, si l'affranchi retombait *in servitute*. Ce ne serait plus l'objet promis, *alius esse videtur*. Il est vrai que Celse enseignait l'opinion contraire ; mais Paul atteste qu'elle n'avait pas prévalu.

jurisconsulte, examine les effets de l'*ademtio legati*, pour le cas où il s'agirait d'un legs fait à un esclave qui a été légué à un tiers. Paul reproduit exactement la distinction que nous venons d'analyser. L'*ademtio* a-t-elle lieu postérieurement à l'aliénation de l'esclave, la révocation est valable. Survient-elle, au contraire, après que l'esclave légataire a été affranchi entre-vifs, la révocation est non avenue.

72. Pour compléter les règles du droit romain en ce qui concerne les legs laissés par le testateur à ses esclaves, nous dirons un mot du cas où l'esclave légataire n'appartient au disposant que pour partie. Cette hypothèse est prévue par Paul (*Sent.*, liv. III, tit. VI, § 4), qui admet la validité du legs, sans distinguer s'il est ou non accompagné d'un affranchissement, mais en attribuant toujours au *socius* le bénéfice entier du legs. *Communi servo cum libertate et sine libertate legari potest, totumque legatum socio testatoris adquiritur.*

73. Supposons d'abord que l'esclave légataire a été en même temps affranchi par le testament. Si l'esclave est resté commun jusqu'au jour du décès, il n'y avait aucune difficulté, à l'époque des jurisconsultes, pour faire profiter exclusivement du legs le *socius*. Jusqu'à Justinien, en effet, quand un copropriétaire affranchissait par testament l'esclave commun, il s'opérait en faveur de l'autre *dominus* un *jus adcrescendi*, par l'effet duquel il devenait seul propriétaire de l'esclave. Peu importe que cette acquisition ne se réalise en faveur du *socius* qu'au jour de l'adition, puisque le *dies cedens* du legs fait par un maître à son esclave n'est pas antérieur à cette époque. Sous Justinien, au contraire, grâce à la loi 1, C. *De comm. serv. man.*[1], qui permet à un seul des maîtres d'affranchir l'esclave commun, sauf indemnité pour le copropriétaire, le legs fait *cum libertate* sera assimilé à un legs qui s'adresserait au *servus proprius testatoris*. Le légataire sera libre et profitera du legs. — Dans l'ancien droit, du reste, le même résultat pouvait se produire ; l'esclave commun lors du testament aurait obtenu la liberté et le legs, si le testateur était devenu à sa mort seul propriétaire de l'esclave. Le legs aurait été considéré comme fait dès l'origine à l'esclave propre du testateur. C'est ainsi que l'on envisageait l'institution

[1] Voir aussi § 4, Instit. *De donat.*

au profit d'un esclave commun acquis plus tard en totalité par le testateur. Voir l. 6, § 3, *D. De her. instit.* Aussi Ulpien (*Reg.*, tit. XXII, § 10) dit-il : *Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur,* QUASI PROPRIUS PRO PARTE NOSTRA. La même règle était admise à l'occasion des legs, et agréée par tous les jurisconsultes, suivant le témoignage de Justinien, l. 2, C. *De comm. serv. man.*

74. Le legs fait à l'esclave commun n'était-il pas accompagné de la liberté, le *socius* devait encore recueillir sans réserve le bénéfice de ce legs. Ici sans doute il n'y avait pas de *jus adcrescendi*, et la part qu'avait le testateur dans l'esclave passait à son héritier. Mais ce dernier ne pouvait acquérir pour partie par cet esclave un legs dont il était lui-même grevé. En pareil cas, le legs valait comme fait à un *servus alienus*. On disait avec Julien (l. 1, § 4, D. *De stip. serv.*) : *Communis servus duorum servorum personam sustinet.* Malgré la pluralité de maîtres, l'esclave commun acquiert *in solidum* pour un seul, quand les autres sont incapables d'acquérir (§ 3, Inst. *De stip. serv.*). On trouve des applications de ce principe à l'occasion de notre espèce, dans la loi 63, § 9, D. *Pro soc.*, et 11, D. *De opt. vel elect.*

75. Enfin, remarquons que si le legs fait à l'esclave commun peut valoir au profit du *socius*, comme étant laissé à un *servus alienus*, il devrait être annulé, dans le cas où le *socius* serait précisément l'héritier institué. Ici s'appliquerait la règle Catonienne, qui ne permet pas, on le sait, de léguer à l'esclave de l'héritier. Il faut, bien entendu, réserver l'hypothèse où le legs serait fait *sub conditione*. Telle est la doctrine exposée par Paul dans la loi 89, D. *De her. instit.* Ce texte toutefois n'annule le legs pur et simple qu'autant qu'il a été laissé *sine libertate*, et autorise à dire qu'il serait valable *à contrario*, s'il était fait *cum libertate*. Nous admettons ce résultat à l'époque de la compilation des Pandectes, puisque le *dominus pro parte* peut désormais conférer la liberté à l'esclave commun, et faire ainsi utilement un legs au profit de ce dernier. Mais nous partageons l'opinion de Mühlenbruch [1], qui pense que ces mots *sine libertate* sont une interpolation de Tribonien. Paul, en effet, devait enseigner sans distinction la nullité du legs *cum libertate* ou *sine libertate ;* car,

[1] Suite de Glück, t. XXXIX, § 1437, p. 209.

de son temps, le concours de la volonté de tous les maîtres était nécessaire pour conférer la liberté à l'esclave commun, et, par suite, l'affranchissement émané de celui qui n'était propriétaire que pour partie devait rester sans effet pour rendre libre le légataire.

76. Nous terminerons notre travail par quelques observations sur l'histoire de la règle Catonienne au point de vue de la littérature du droit. Si la portée de cette règle a été souvent exagérée, d'un autre côté, les efforts n'ont pas manqué pour lui enlever son véritable domaine, et nier l'influence qu'elle exerçait sur la validité des legs. Dans l'ancienne jurisprudence, l'opinion qui ralliait les suffrages des commentateurs les plus célèbres était que le jeu de la règle Catonienne avait été en général supprimé pour les legs à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien. En outre, de nos jours, beaucoup d'auteurs ont prétendu que l'assimilation établie par Justinien entre les fidéicommis et les legs avait désormais débarrassé ces derniers des entraves de la règle Catonienne.

77. Le premier système, défendu par Cujas, Godefroy, Heineccius, Pothier, repose sur la loi 3, D. *De reg. Cat.*, rapprochée de la loi 5, *eod. tit.* D'après la loi 3, la règle Catonienne ne concernait pas les legs dont le *dies cedens* ne se plaçait point au moment du décès (*quorum dies non mortis tempore cedit*). Or, depuis la loi Papia, le *dies cedens*, même pour les legs purs et simples, n'avait lieu que *ex apertis tabulis testamenti*, comme nous l'apprend Ulpien, *Reg.*, XXIV, 31. Dès lors, il n'y avait plus ordinairement aucun legs pour lequel on pût dire : *dies cedit mortis tempore ;* et, par conséquent, la règle Catonienne restait sans application. Tel serait effectivement le sens de la loi 5 : *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.*

78. Il est facile de répondre que cette interprétation n'est pas en harmonie avec les termes de la loi 5. Si Ulpien eût voulu exprimer cette idée, que la règle Catonienne était étrangère aux legs dont le *dies cedens* exige l'*apertura tabularum*, il n'aurait pas parlé des *leges novæ*, mais uniquement de la loi Papia, la seule qui rattachât à l'*apertura tabularum* l'effet que nous avons indiqué, ce qui est confirmé par le paragraphe 1 de la constitu-

tion, *De cad. toll.* Une interprétation bien plus satisfaisante, et qui est aujourd'hui généralement suivie, consiste à dire qu'Ulpien entendait faire allusion aux incapacités créées par les lois de l'époque d'Auguste, c'est-à-dire non pas seulement par la loi Papia à l'égard des *orbi*, mais auparavant par la loi Julia à l'égard des *cœlibes*, et, un peu plus tard, par la loi Junia Norbana [1] à l'égard des Latins Juniens. Ces incapacités ne faisaient pas obstacle à ce que ceux qui se trouvaient dans l'une ou l'autre de ces positions *testamenti tempore* ne fussent l'objet de dispositions testamentaires. On devait attendre, pour décider du sort de ces dispositions, le moment où il s'agirait d'en recueillir le bénéfice, et même un délai de cent jours était accordé au *cœlebs* pour obéir à la loi Julia, au Latin Junien pour acquérir la cité romaine ; aussi disait-on qu'il y avait seulement absence du *jus capiendi*. On s'explique très-bien que la règle Catonienne fût écartée en pareille matière. Un légataire, *cœlebs* lors du testament, et qui a persévéré dans cet état plus de cent jours après le testament, ne doit pas être privé de son legs, quand il se trouve apte à *capere* lors du décès du testateur, ou même avant l'expiration du délai qui lui est concédé.

79. Si la formalité de l'*apertura tabularum*, à l'époque classique, en retardant le *dies cedens* des legs purs et simples, les eût soustraits à l'empire de la règle Catonienne, on ne concevrait pas comment les jurisconsultes parlent si souvent de cette règle à l'occasion des legs de cette espèce. Sans doute, l'*apertura tabularum* n'était pas toujours indispensable pour autoriser l'acquisition de l'hérédité, et par suite le *dies cedens* des legs. Ainsi, elle était inutile vis-à-vis l'*heres necessarius* [2]. Il en était de même, quand l'héritier volontaire se trouvait institué *ex asse*. Voir les lois 1, § 4, D. *De jur. et fact. ign.*, et 21, *in fine*, D. *De cond. et dem.* Mais il n'en est pas moins vrai que ces hypothèses constituaient en fait des exceptions, et qu'ordinairement, le *dies cedens* n'était pas antérieur à l'*apertura tabularum*, de sorte que, dans le système que nous combattons, l'assujettissement du legs pur à la règle Catonienne, indiqué dans tant de textes comme for-

[1] Nous pensons que cette dernière loi est postérieure aux lois caducaires, et qu'elle ne remonte pas à l'an 671 de Rome.

[2] Voir plus haut, p. 330.

mant le droit commun, aurait été en contradiction avec ce qui se passait dans la pratique.

80. Malgré le retard usuel que subissait, depuis la loi Papia, le *dies cedens* des legs purs et simples, on continua à les traiter comme à l'époque où avait été introduite la règle de Caton. Nous avons vu qu'on avait rangé sous cette règle les legs dont l'effet était immédiat à la mort du testateur, et qu'on en avait exempté ceux dont l'effet était différé jusqu'à l'adition ou jusqu'à l'événement d'une condition. Postérieurement à la loi Papia, qui ne permettait plus habituellement à un legs pur de produire quelque effet avant l'*apertura tabularum*, on ne tint pas compte du léger intervalle qui devait s'écouler entre le décès et cette *apertura*, intervalle qui, en principe, ne dépassait pas trois à cinq jours, nous dit Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VI, § 3. On opposa toujours aux legs dont le *dies* était fort voisin de la mort du testateur ceux pour lesquels il fallait attendre au moins l'adition d'hérédité, qui pouvait rester incertaine durant cent jours, délai ordinaire de la crétion réglée par le testateur, ou délai que le Préteur était dans l'usage d'accorder pour délibérer. Les fragments des jurisconsultes (voir l. 3, D. *De reg. Cat.*, l. 5, § 1, D. *Quand. dies legat.*) parlent toujours du *mortis tempus* comme étant celui du *dies cedens* pour les legs purs et simples [1]; et il n'est pas nécessaire de supposer que ces textes ont été interpolés, parce qu'on négligeait les quelques jours qui s'écoulaient jusqu'à l'*apertura tabularum*. Remarquons, en effet, que l'antithèse est établie dans la loi 3 entre le *tempus mortis* et le *tempus aditæ hereditatis*. Ce n'est qu'autant que le *dies cedens* est reculé jusqu'à l'adition qu'il y a lieu de mettre de côté la règle Catonienne. Cette loi, prise dans son entier, ne permet donc pas de faire grâce de cette règle quant aux legs dont le *dies cedens* n'exige que l'*apertura tabularum*. Aussi l'opinion qui dominait

[1] La loi 44, D. *De mort. caus. donat.*, contient un vestige de l'ancienne régie sur le *dies cedens*. Elle décide qu'un esclave, auquel a été faite une donation à cause de mort, s'il n'est affranchi qu'après le décès du donateur, laissera à son patron le profit de la donation, bien que l'affranchissement soit antérieur à l'*apertura tabularum*. Il en eût été autrement si la libéralité avait consisté en un legs. Le *dies cedens* se trouvant postérieur à la manumission, l'affranchi aurait bénéficié du legs; mais la donation *mortis causa*, à la différence du legs, était indépendante du sort du testament.

dans l'ancienne jurisprudence est-elle aujourd'hui repoussée par la plupart des auteurs[1].

81. Tandis qu'autrefois la règle Catonienne passait pour avoir été à peu près supprimée depuis le temps d'Auguste jusqu'à celui de Justinien, il s'est produit de nos jours, en sens contraire, un système qui compte de nombreux partisans[2], et d'après lequel cette règle aurait été tacitement abolie par Justinien. Cette abrogation serait, comme nous l'avons dit, une conséquence forcée de l'assimilation établie désormais entre les legs et les fidéicommis. Ces derniers étaient, prétend-on, affranchis du joug de la règle Catonienne ; l'exemption est devenue commune aux legs du moment où ils ont dû être traités avec la même faveur que les fidéicommis.

82. Cette doctrine n'a pas été cependant sans trouver des contradicteurs de l'autre côté du Rhin : elle a été combattue notamment par M. Arndts[3] et par M. de Vangerow. Ces auteurs, dont nous partageons l'opinion, font observer combien il est invraisemblable d'admettre une pareille abrogation, qui daterait de l'an 531, époque où a été émise la constitution qui aurait opéré ce changement, quand les Pandectes contiennent un titre particulier consacré à la règle Catonienne, indépendamment des divers fragments, dans lesquels son application est toujours présentée comme se référant à un droit en vigueur. Les effets de cette règle se trouvent également exposés aux Institutes; et cependant les rédacteurs ont eu le soin d'effacer tout ce qui avait trait au fils de famille, dont Gaïus et les anciens jurisconsultes faisaient mention à l'instar de l'esclave. L'attention des compilateurs s'est donc arrêtée à déterminer la portée que la règle pouvait avoir dans le dernier état du droit, et il faudrait les accuser d'une inadvertance par trop impardonnable, s'il était vrai qu'en restreignant, conformément aux principes modernes, l'étendue de la règle Catonienne, ils avaient oublié qu'elle était devenue complétement inapplicable.

[1] Voir M. de Vangerow, § 540, n° 4, qui cite dans le même sens Harnier et Muller.

[2] M. de Vangerow, t. II, § 540, n° 5, indique Schöman comme l'auteur de ce système, auquel se sont rattachés beaucoup de jurisconsultes, dont la liste est donnée par M. de Vangerow.

[3] P. 245.

83. Les textes sur lesquels on a étayé la thèse que nous repoussons sont d'abord les paragraphes 1 et 5 de la loi 1, D. *De legat.* III. Les deux fragments expriment la même idée. Ulpien suppose d'abord un fidéicommis laissé par quelqu'un qui était fils de famille ou esclave ; et il décide que la disposition est nulle. Cependant, ajoute-t-il, elle sera valable, si le disposant est décédé *sui juris*, pourvu qu'il ait persisté dans la même volonté depuis qu'il a conquis son indépendance : *videlicet si duraverit voluntas post manumissionem*. Il suffit qu'à sa mort il se trouve capable de disposer, *quasi nunc datum, cum mors ei contigit*. Ulpien fait observer toutefois que cette solution n'est admissible qu'autant que le fidéicommis ne se rattacherait pas à un testament qui serait sans valeur, la nullité de ce dernier entraînant celle du fidéicommis. — Quant au paragrahe 5, il est relatif au cas d'un condamné à la déportation, qui aurait fait des fidéicommis dans un codicille rédigé pendant qu'il était sous le coup de la peine dont il serait plus tard relevé par la grâce du prince qui lui aurait octroyé une *restitutio in integrum*. On peut soutenir, dit le jurisconsulte, que les fidéicommis sont valables, quand leur auteur a persévéré dans ses dispositions postérieurement à l'époque où il a recouvré la qualité de citoyen romain : si *modo in ea voluntate duravit*.

84. Nous pourrions nous contenter de répondre que ces textes ont trait à la *testamenti factio* active, dont le règlement était étranger à la règle Catonienne. Mais les décisions d'Ulpien se justifient, d'ailleurs, en se référant au droit en vigueur à l'époque des jurisconsultes, où les fidéicommis étaient dispensés de toute forme, et n'exigeaient qu'une manifestation de volonté quelle qu'elle fût, si bien qu'ils pouvaient être laissés *etiam nutu* (Ulp., *Reg.*, XXV-3). Il n'y avait donc pas à rechercher si la capacité de disposer existait au moment où l'intention de faire la libéralité avait été exprimée pour la première fois. La *perseverantia voluntatis* avait pour résultat de purger le vice qui frappait de nullité le fidéicommis à son origine. Il n'y avait pas en cette matière un *initium* immuable ; on le prenait à l'époque où le disposant, devenu capable, avait continué à vouloir laisser le fidéicommis ; pourvu que cet état de choses se rencontrât au moment de la mort, la disposition était validée : *quasi nunc datum, cum mors ei contigit*. Seulement, l'indulgence dont on usait pour

l'appréciation des fidéicommis indépendants d'un testament n'a subsisté que jusqu'à Constantin, qui a exigé une déclaration de volonté faite devant cinq témoins. Désormais, les codicilles ont été, sauf la différence quant aux conditions de solennité, mis sur la même ligne que les testaments. Il y a eu, pour eux aussi, un *initium*, qui est le jour de la déclaration énoncée devant les témoins ; et les décisions d'Ulpien n'ont plus de valeur sous Justinien que comme documents historiques.

85. La loi 7, pr. D. *De legat.* III, a été encore invoquée par nos adversaires. Il y est question d'un fidéicommis laissé à l'esclave d'un déporté. Ulpien dit que ce fidéicommis sera attribué au fisc, à moins que le maître n'ait été restitué avant la mort du disposant, cas auquel la libéralité sera recueillie par le maître. Remarquons qu'il s'agit ici de la *testamenti factio* passive, laquelle, pas plus que la *testamenti factio* active, n'était gouvernée par la règle Catonienne. Du temps des jurisconsultes, le fidéicommis, sous ce rapport, n'était pas traité comme le legs. Ce dernier était nul *ab initio*, quand il s'adressait à un esclave dont le maître manquait de la *testamenti factio*. Au contraire, les fidéicommis laissés à un *peregrinus*, et par conséquent à l'un de ses esclaves, restèrent licites jusqu'à un sénatus-consulte émis sous Hadrien (Gaï. II, 285), qui décida, non point qu'ils seraient nuls, mais qu'ils seraient pris par le fisc. Ulpien faisait une application de ce sénatus-consulte, en déférant au fisc le bénéfice du fidéicommis, pour le cas où son titulaire serait resté l'esclave d'un déporté. Il n'y aurait donc pas eu nullité de la disposition, en supposant que son auteur fût décédé immédiatement. Dès lors, elle ne tombait pas sous l'empire de la règle Catonienne. Toutefois, si l'esclave, à l'époque du *dies cedens* du fidéicommis, appartient à un maître qui est aujourd'hui capable, le fisc doit être écarté : c'est le maître actuel qui pourra profiter de cette libéralité qui n'était point viciée *ab initio*. Rappelons-nous, d'un autre côté, que, sous Ulpien, l'*initium* du fidéicommis ne se plaçait pas au jour où la volonté de le laisser avait été manifestée pour la première fois. Nous pensons néanmoins que, sous Justinien, c'est la règle admise pour les legs qui doit prévaloir. Le fidéicommis, comme le legs, n'est possible, à l'égard d'un esclave, qu'autant que son maître, au moment de la déclaration de la volonté, jouit de la *testamenti factio*.

86. Si nous consultons maintenant, quant aux fidéicommis, les décisions contenues au *corpus juris*, pour les hypothèses qui rentrent véritablement dans le domaine de la règle Catonienne, nous les trouvons parfaitement conformes à celles qui sont données à l'occasion des legs. Nous avons vu que l'esclave de l'institué ne pouvait être légataire pur et simple ; Ulpien, l. 8, § 1, D. *De legat.* III, nie également, en principe, la possibilité du fidéicommis à l'égard de l'esclave de l'héritier : *Servo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur.* — Suivant Mœcianus (l. 30, § 8, D. *Ad leg. Falcid.*), les legs ou les fidéicommis faits au profit de l'esclave de l'institué ne doivent pas régulièrement entrer en ligne de compte pour le calcul de la Falcidie. Il en est autrement, dit Mœcianus, s'il s'agit de legs ou de fidéicommis laissés *in diem incertam*[1]. On sait, en effet, que, dans les dispositions de dernière volonté, le *dies incertus* équivaut à une condition : *Dies incertus conditionem in testamento facit*, l. 75, D. *De cond. et dem.* Or, de même qu'un legs conditionnel échappe à la règle Catonienne, de même le fidéicommis fait en faveur de l'esclave de l'héritier n'est susceptible d'être efficace que grâce à la modalité qui l'affecte de manière à le rendre conditionnel. Il y aura lieu alors, indistinctement pour les legs et les fidéicommis dont le titulaire serait un esclave de l'institué, à tenir compte de leur montant, pour les faire entrer éventuellement dans le calcul de la Falcidie, ce qui devra être, si l'esclave est devenu libre ou a changé de maître au moment où le *dies cedens* se réalisera. C'est ce qu'explique Mœcianus, qui ajoute : *Nam, si libertatis*[2] *dies cœperit cedere, ei debebuntur et in contributionem venient.* — Dans la dernière partie de la loi 30, le jurisconsulte s'occupe des

[1] Cujas (obs. XIV-10) a proposé de lire : *in diem incertam*, au lieu de : *in diem certam*, que portent la Vulgate et la Florentine. Cette correction, approuvée par Pothier et par M. Arndts, nous semble nécessaire, puisque les legs *in diem certam* étaient traités comme legs purs et simples. La conjecture émise par Cujas est confirmée par les scholies des Basiliques, où l'on trouve cette explication : *Si vero sub conditione servo heredis legatum sit, et ante eventum ejus alienatus sit, valet, ut Instit. lib. II, tit.* 20.

[2] La pensée du jurisconsulte ne peut être douteuse. Cependant, ici encore, le texte a besoin d'être amendé. Cujas substitue *liberato* à *libertatis*. Nous préférerions, en conservant le mot *libertatis*, ajouter *die*, et lire : *si libertatis die dies cœperit cedere*. Peut-être aussi Mœcianus avait-il écrit simplement : *Si libertatis die cœperit cedere*, en sous-entendant : *dies incerta legati vel fideicommissi ;* et les copistes auront transformé *die* en *dies*.

legs ou des fidéicommis laissés par le défunt à ses propres esclaves. Ceux-ci sont également nuls les uns et les autres, quand ils ont été faits *sine libertate*. Sur ce point encore, pas de différence entre les legs et les fidéicommis. Cette règle se trouve reproduite au Code, dans une constitution que nous avons déjà citée, la loi 4, *De legat.* — Enfin, une autre constitution, la loi 13, C. *De legat.*, déclare non douteuse (*certum est*) la nullité du fidéicommis, à l'instar de celle du legs, quand il porte sur la *res propria* du fidéicommissaire, ce qui doit s'entendre d'une disposition pure et simple, réprouvée dans les deux cas par la règle Catonienne. — Ces différents textes, qui mettent constamment sur la même ligne les fidéicommis et les legs, nous autorisent à conclure que les premiers, tout aussi bien que les derniers, étaient soumis à la règle Catonienne. Le système, qui admet une abrogation tacite de cette règle comme conséquence de l'assimilation effectuée entre les deux sortes de dispositions, et qui part de cette idée, que les fidéicommis auraient été exempts de la règle, doit donc être rejeté, puisqu'il n'a pour base qu'une supposition erronée, démentie par des décisions multipliées.

E. MACHELARD,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

ÉTUDES SUR LE DROIT DE L'ANJOU

AU MOYEN AGE.

(DEUXIÈME ARTICLE[1].)

DES SUCCESSIONS.

§ 1. — De la succession allodiale.

Le droit romain a de tout temps admis les enfants, sans distinction de sexe ni d'âge, au partage des biens paternels, et depuis le sénatus-consulte Orphitien, sous Marc-Aurèle, à celui des biens maternels. Le droit gallique partageait la succession directe par parts égales entre les fils ; il donnait seulement le manoir paternel et divers objets mobiliers au plus jeune enfant, à titre de *préciput*[2]. Les lois germaniques appelaient tous les enfants mâles à la succession de la terre, sans égard à la primogéniture ; les meubles, l'argent, les esclaves, se partageaient par têtes entre tous les enfants. Chez certaines tribus, les filles, lorsqu'elles concouraient avec leurs frères, n'avaient que les bijoux et les vêtements de leur mère. Mais l'usage corrigea bientôt la rigueur de la loi chez les Germains établis en Gaule.

Les pères de famille appelèrent par testament les filles à partager avec leurs frères la terre paternelle ; l'ancienne coutume, que dès le septième siècle on traitait d'impie et barbare, finit par tomber en désuétude[3].

Quelques rares coutumes conservèrent des traces soit du pré-

[1] Voir le numéro de janvier-février 1862.

[2] On retrouve ce préciput du plus jeune dans les lois galloises d'Hywell-Dha, dans les usances locales de Bretagne et dans certaines coutumes de Flandre. Il existait aussi chez les Tartares. Il aura sans doute été apporté en Occident par les Kymris ou Cimmériens, qui avaient habité les bords de la mer Noire et du Tanaïs avant de s'établir dans la Gaule et dans l'île de Bretagne.

[3] Marculf, II, 12. Append., form. 47, 49.

ciput gallique du juveigneur, soit du privilége germanique des mâles; mais dans presque toute la Gaule le principe romain resta en vigueur (sauf à l'égard des successions féodales dont nous parlerons plus loin); il fut la règle générale pour la succession des hommes libres, bourgeois ou vilains. Les alleux, au dixième et au onzième siècle, se partageaient par parts égales entre les enfants appelés à la succession de leurs parents. Nos cartulaires le prouvent à chaque instant; ici c'est un alleu partagé en quatre parts par quatre héritiers [1]; là c'est un autre alleu partagé également entre trois frères [2]; ailleurs on voit quatre héritiers, deux frères et deux neveux nés de deux autres frères prédécédés partager l'alleu venu de leur père et aïeul [3]. D'après une charte de Beaulieu, un oncle et son neveu partagent également une terre qu'ils avaient héritée de leur auteur commun [4]. Une charte du Ronceray nous montre un mari qui réclame du chef de sa femme la moitié d'un moulin que la mère de celle-ci avait donné tout entier à son autre fille [5].

Les femmes possédaient partout des alleux et les transmettaient héréditairement à leurs enfants [6]; elles succédaient aux

[1] « Vendiderunt nobis de medietate alia hujus ecclesiæ supradictæ de « Rou tres partes, unusquisque horum trium suam partem, quia parentes « erant in invicem et ideo dividebantur, nam in alodo erat illis ad censum « sexdecim denariorum. Sed Hugo de Posterna... dedit nobis suos quatuor. » (*Codex niger*, n. 60.) — Une charte du cartulaire de Redon nous prouve aussi qu'au neuvième siècle l'héritage paternel se partageait par parts égales entre les fils. (D. Lobineau, *Preuves de l'histoire de Bretagne*, col. 73.) — Voir aussi Marculf, II, 14. Append., f° 39.

[2] « Rogerius qui erat frater tercius et senior alodiorum esse videbatur, « tali tenore suam terciam partem donavit... » Donation *De alodiis de Curte Ozilli* par trois frères; chacun donne *suam partem, aliam partem.* (*S. Trin. Vind.*, f° 147, sous le comte Geoffroy). — Voir aussi Galland, p. 23.)

[3] « Alodium quoddam... a tribus viris nobilibus qui illud fraterna he- « reditate possederant, Guido scilicet de Rupe Fulcaldi et fratre ejus Ad- « hemarus et nepote eorum Hugone. Quartum heredem reclamavit se, longo « post transacto tempore, supradictus Boso nepos scilicet Guidonis et Ad- « hemari sicut et Hugo, sed de altero fratre... Erat autem jus istud pars « quarta fuscæ supradicti prædii. » *Cod. nig. S. Flor.*, n. 91.

[4] *Cartulaire de Beaulieu*, n. 77, années 997-1031.

[5] «...Movit (Hildemannus) de eodem molino calumpniam, clamans totam « medietatem ejus hereditario jure per uxorem suam supradicte Haduisse « filiam. » *Cartulaire du Ronceray*, cap. XXXII.

[6] « ...Meæ prædium possessionis hereditarie, hoc est alodium nostrum...

alleux comme leurs frères [1]. On voit quelquefois, il est vrai, au dixième siècle, les fils partager l'alleu paternel, sans droit d'aînesse, et les filles réduites à de simples legs ; mais c'est en vertu du testament paternel ; ce n'est plus, comme à l'époque mérovingienne, par l'effet de la loi [2]. Nous avons trouvé dans une charte de Saint-Pierre de Chartres un partage opéré entre la mère, les fils, les filles et leurs maris, sans distinction d'âge, ni de sexe [3].

D'après l'ancien droit romain, les descendants des filles ne succédaient pas à leur aïeul; ils étaient exclus par leurs oncles et tantes enfants du *de cujus*, et même par les agnats plus éloignés. Les constitutions impériales leur accordèrent les deux tiers seulement de la part qu'aurait eue leur mère [4]. Ce système était encore en vigueur en Gaule sous les rois francs ; mais les pères de famille corrigeaient encore sur ce point la dureté de la loi, en appelant par disposition de dernière volonté leurs petits-enfants, nés d'une fille prédécédée, à prendre intégralement la part à laquelle leur mère aurait eu droit [5]. Au onzième et au douzième siècle, ce système était tombé en désuétude dans les provinces coutumières.

Le droit germanique n'admettait point la représentation, même au profit des enfants du fils prédécédé ; ils ne pouvaient prendre la place de leur père que si leur aïeul les y avait for-

« sicut genitor meus Gauzlinus et mater mea Adeltrudis habuerunt. » *S. Mauri*, n. 34, 1er mars 839. — « Donavit illis omnem suam partem quæ « sibi de Buiscello conveniebat et matris, excepto quod illa dum adviveret « sue partis domina esset, si ipse in sæculo moraretur. » *S. Trin. Vind.*, f° 35. — « Cum voluntate et assensu filiarum nostrarum de quarum heredi- « tate est materna ex parte pro redemptione animarum nostrarum medie- « tatem cujusdam alodi... » *Cod. nig. S. Flor.*, n. 189, anno 1060.

[1] « Fulcodius de villa Calidonis, quando mortuus fuit, alodem suum id « est villam Calidonis infantibus suis relinquit, qui etiam fraterno more « per partes eam diviserunt... Post obitum autem suum partem amborum « Gisleberti et Ramburgis (sororis suæ)... Isemburgis quoque soror ejus « suam partem reliquit... S. Martino, » *Cart. majoris monasterii*, c. CIX ; Galland, p. 24. — Dans un testament de 696, le testateur déclare qu'une partie de ses biens provient de sa sœur morte sans enfants (*Test. Ephibii abbat. de Geniciaco.* D'Achery, *Spicilège*, t. XII).

[2] *Cartulaire de Beaulieu*, n. 89, vers 913, et Galland, p. 23.

[3] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 407, en 1102.

[4] *Institut. Justin.*, lib. III, t. I, § 15 ; *Lex romana Burgundiorum*, t. X.

[5] Marculf., lib. II, f. 10 ; Sirmond, form. 22.

mellement appelés [1]. Plusieurs coutumes conservèrent ce système jusqu'au seizième siècle, mais les chartes citées plus haut prouvent qu'il ne pénétra pas en Anjou ni dans quelques autres contrées, ou qu'il tomba promptement en désuétude dans ces provinces.

Le père, suivant le droit romain, restait propriétaire des biens qu'il avait donnés à son fils, et qui composaient le *pécule profectice ;* il les recueillait à la mort de celui-ci, en vertu de la puissance paternelle, et non à titre de succession, et passait avant les descendants du défunt. Il en était de même, avant Justinien, des biens acquis par le fils, et qui composaient les pécules *castrense* et *quasi castrense* [2]. D'après l'ancien droit romain, la mère, au contraire, ne succédait point à ses enfants. Le sénatus-consulte Tertyllien lui donna ce droit, mais dans des limites très-restreintes, qui furent étendues, plus tard, par les constitutions impériales. Sous la domination des rois francs, la mère conserva le droit de recueillir la succession de ses enfants, morts eux-mêmes sans descendants, la *luctuosa hereditas* du droit romain [3].

Le droit germanique consacrait les droits des ascendants, mais il n'accordait point à la puissance paternelle les mêmes effets que le droit romain. Les lois barbares appellent d'abord les enfants du *de cujus*, et à leur défaut le père ou la mère, puis les frères et sœurs, etc. [4]. Ce système prévalut dans les provinces coutumières de France sur celui du droit romain.

L'intervention des père, mère, frères et sœurs des vendeurs ou donateurs en qualité d'héritiers présomptifs dans les actes passés par leurs fils ou frères, prouve qu'au onzième et au douzième siècle ils avaient toujours le droit de succession. On voit dans certaines chartes le frère, à défaut du père, appelé à recueillir la succession de son frère prédécédé [5]. Ailleurs, la mère dispose

[1] Lindenbrog, f. 55 ; *Lex Salica*, t. LXII, c. VI, texte d'Hérold.

[2] *Institut.*, lib. II, t. XII.

[3] *Institut.*, lib. III, t. III; Marculf, Append., f. 40; *Form. de Strasbourg*, publiées par M. E. de Rozière, f. 11.

[4] *Lex Salica*, t. LXII; *Lex Ripuariorum*, t. LVI; *Lex Werinorum*, t. VI, etc.

[5] « Frater noster quidam, vocabulo Guillelmus, ex utroque parente ger-« manus, et in hereditatem nostram post defunctum patrem, successor « primus. » *Cod. nig. S. Flor.*, f° 141.

d'un bien provenant de la succession de son mari et d'un fils prédécédé, avec le concours de sa fille et de son gendre, héritiers de leur père et de leur frère [1].

Il est, du reste, fort difficile, à cause de l'obscurité des documents sur ce point, de savoir dans quel ordre étaient appelés ces différents héritiers. Il paraît toutefois certain que les ascendants furent longtemps admis à succéder aux alleux, et que l'exclusion introduite à leur préjudice par le régime féodal ne s'appliqua d'abord qu'aux fiefs [2]. Nous verrons plus loin qu'ils ne devaient pas succéder aux biens provenant de la ligne opposée à celle à laquelle ils appartenaient.

Il est encore plus difficile d'arriver à savoir exactement comment se réglaient les droits des parents plus éloignés. Rarement, ils comparaissent dans les actes; on mentionne assez souvent que tel tenait son bien de son oncle, de sa tante, ou de son cousin [3]; mais jamais l'ordre de succession n'est établi d'une manière précise.

Les terres soumises au cens passaient aux fils et aux frères des possesseurs comme les alleux. Nous en trouvons la preuve dans une charte de 1096; elle constate qu'un nommé Geoffroi avait donné au couvent de Saint-Serge une terre, qu'il tenait de son père et de son frère, sans l'autorisation du seigneur dominant, auquel cette terre devait trois sous de cens. Les moines, à l'aide d'un cadeau, firent confirmer la donation par ce seigneur [4]. Vers 1120, des prés que Guillaume du Toureil tenait de l'abbaye de Saint-Maur, à charge d'un cens, passèrent à son frère avec le reste de sa succession [5]. Il ne faut pas confondre, du reste, ces censives, qui sont de véritables propriétés héréditaires, soumises seulement à des droits seigneuriaux, avec les bénéfices roturiers, les précaires ou censives de concession. Ces dernières tenures n'étaient, au contraire, que des emphytéoses,

[1] « Willelmus... ad quem predicta omnia hereditario jure pertinebant « ex parte uxoris suæ. » *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 561, 562, en 1103. — Il faut observer que le bien en question avait été déjà donné au couvent par le père, et que le fils l'avait repris aux moines.

[2] Charte communale de Laon, c. XIII; charte d'Amiens, c. XXII; charte de Saint-Omer, c. XX.

[3] *Cartulaire de S. Pierre de Chartres*; *Cartul. angevins*, passim.

[4] *S. Sergii*, fos 88, 89.

[5] *S. Mauri*, n. 51.

dont la durée variait suivant les conditions de la charte d'investiture [1].

§ 2. — De la succession féodale.

Les conditions de la charte d'investiture faisaient la loi des parties en matière de succession féodale. Aussi trouve-t-on, jusqu'au douzième siècle, des fiefs viagers. Voici plusieurs exemples : Arnulf Amère Farine avait donné des vignes à l'abbaye du Ronceray. L'abbesse en rend une portion aux fils du donateur, à condition qu'ils les tiendront en fief, et pour le temps de leur vie seulement [2]. Dans une charte du temps de l'abbé Sigon (onzième siècle), nous voyons concéder à un chevalier par le couvent de Saint-Florent un fief, à la condition que le bien retournerait au couvent à son décès, et cependant ce n'était pas une concession nouvelle, car l'acte constate que le père et l'oncle du concessionnaire l'avaient possédé avant lui [3]. Nous trouvons un autre fait très-curieux du onzième siècle dans le même cartulaire. Odric tenait du comte Foulques le fief de Saint-Saturnin ; il commet un délit ; le fief est confisqué : Foulques le donne alors à Renaud ; à la mort de Renaud, à Goscelin ; après celle de Goscelin, à Eudes ; après celle d'Eudes, à un Breton : le Breton retourne dans son pays, le comte donne le fief à Hébran du Mans ; à la mort de Foulques, Hébran tient son fief de Geoffroi, son fils ; puis il se ligue contre lui avec le comte du Mans ; le fief est de nouveau confisqué, et Geoffroi le donne aux moines de la Trinité [4]. Ainsi, dans l'espace de quelques années, le même fief était passé dans sept mains différentes, en vertu de nouvelles concessions, et sans que les héritiers directs ou collatéraux eussent été appelés une seule fois à succéder. Le seigneur

[1] Nous traitons ce qui concerne la succession des tenures emphytéotiques au chapitre de la propriété.

[2] « Dedit abbatissa filiis ipsius Ernulfi in fevo, solummodo in vita eorum ; « dum autem morientur, hii tres quartarii ad S. Mariam redeant. » *Cart. S. Mariæ andegav.*

[3] « Ita accepit fevum suum a domno abbate Sigone, sicut pater suus et « avunculus suus habuerant... tali igitur conventione concessit abba illi « Gauzfrido quæ in hoc fevo denominata sunt quatenus post dicessum suum « relinqueret Deo et S. Florentio in dominio possidenda. » *Cod. nig.*, n. 219, onzième siècle.

[4] *S. Trin. Vind.*, f° 59.

avait disposé de ce domaine d'une manière absolue. Il paraît même résulter des termes de la charte que la concession était personnelle, non-seulement pour le vassal, mais pour le seigneur concédant, et qu'à sa mort le vassal était obligé de recevoir de son nouveau seigneur une seconde concession [1]. On voit dans une charte bretonne qu'après l'élection de l'abbé de Redon les feudataires de l'abbaye venaient remettre entre ses mains les fiefs qu'ils tenaient du couvent, et que le nouvel abbé leur conférait une seconde investiture [2].

Quelquefois le fief ne pouvait passer qu'à deux ou trois générations seulement [3].

Cependant, l'hérédité des fiefs ou bénéfices militaires, sanctionnée par les capitulaires de Kiersy, s'était établie peu à peu dès la fin de la période carlovingienne. Au onzième siècle, presque tous les fiefs étaient héréditaires. Ils passaient aux enfants légitimes du concessionnaire et à leur postérité indéfiniment, et retournaient au seigneur concédant au cas de décès du concessionnaire sans postérité ou d'extinction de la ligne descendante. Une charte du onzième siècle nous montre un alleu transformé en fief au profit des moines de Vendôme par le propriétaire qui reconnaît tenir d'eux sous cette double condition [4].

Nos cartulaires mentionnent fréquemment les fiefs provenant de la succession paternelle [5].

Le vassal, quoique appelé de plein droit à hériter du fief, n'était, en quelque sorte, qu'usufruitier ; toute mutation de vassal était considérée comme une nouvelle concession faite par le seigneur dominant, qui restait toujours le vrai propriétaire [6].

[1] « Habuit eam de Gauzfrido comite. » *Ibid.*

[2] *Cartulaire de Redon*, fin du neuvième siècle ; D. Lobineau, *Preuves*, col. 72.

[3] Concessions de fiefs non perpétuelles (*S. Petri Carnot.*, p. 273, commencement du douzième siècle ; p. 355, 356, 357, ann. 1101-1129).

[4] « Ut dum viveret ab abbate loci istius in fevo teneret ; si vero absque « hærede ex propria muliere ex hac luce migrasset, omnis alodiorum inte- « gritas sine ullo calumpnio revertisset. » *S. Trin. Vind.*, f° 147, sous le comte Geoffroi. — Voir aussi une concession perpétuelle (*S. Petri Carnot.*, p. 445, en 1123).

[5] « Beneficium laïcale possidens per paternam hereditatem ex dono se- « nioris mei Gauzfridi. » *S. Sergii*, n. 142, sous l'évêque Hubert, mort en 1047. — On pourrait citer une foule d'exemples.

[6] « Gauzfridus filius ejus qui in hereditate patris successerat beneficium

Cependant si le fils du feudataire avait laissé passer un long délai sans réclamer le fief paternel, resté entre les mains de son seigneur, on l'admettait à prouver que son père l'avait possédé [1].

La succession féodale était soumise à des règles spéciales. Le droit d'aînesse en Occident est d'origine purement féodale; étranger au droit romain, au droit germanique et au droit celtique, il ne s'est introduit que vers la fin du neuvième siècle, ou au commencement du dixième, et ne s'est longtemps appliqué qu'aux seigneuries, aux fiefs et à certaines emphytéoses. Il n'a jamais été en France la règle du droit commun [2].

Nous ne reviendrons point sur ce que nous avons dit plus haut au sujet de la succession des comtes d'Anjou [3]; nous ne nous occcuperons ici que de leurs feudataires. Nos chartes nous éclairent peu sur les origines du droit d'aînesse en Anjou. Elles mentionnent toutefois fort souvent dès le onzième siècle la présence de l'aîné; il assistait aux actes passés par ses parents, et les confirmait de préférence aux cadets [4]. Cette mention se trouve même reproduite quelquefois lorsqu'il s'agissait d'al-

« loci poposcit, in capitulum nostrum venit, beneficium quod postulaverat « accepit. » S. *Sergii*, f° 196.

[1] « Ipse comes mandavit eis ut suo homini in curia sua ad judicium « starent. » *Cod. nig.*, f° 127, fin du onzième siècle.

[2] Les coutumes basques font exception. Dans les Pyrénées, le droit d'aînesse était complétement étranger au régime féodal. Il s'appliquait à tous les biens francs, nobles ou ruraux; la fille aînée était préférée aux cadets mâles. Le système des coutumes basques paraît se rattacher à la législation hindoue, qui donnait aussi la préférence au premier-né, sans distinction de sexe.

Quelques autres coutumes admettaient aussi le droit d'aînesse pour les biens roturiers; en Normandie, il s'appliquait aux alleux comme aux fiefs; mais ces dispositions sont exceptionnelles.

[3] Ce sujet est traité dans le premier chapitre du mémoire.

[4] Confirmation d'un don par le fils aîné des donateurs; l'abbé lui fait cadeau d'un frein : « Filio ejus majori. » S. *Sergii*, f° 178. — Autre donation approuvée par le fils aîné. *Ibid.*, f° 324, onzième siècle. — « Filius « dicti Johannis primogenitus, etc. » *Ibid.*, f° 111, en 1276. — « Filius « quoque ejus primogenitus nomine Goscelinus concessit hoc donum quod « pater illorum fecerat. » *Cod. nig.*, n. 180. — « Nomina filiorum ipsorum « qui hoc concesserunt : Ursus primogenitus ipsorum, etc. » S. *Maur.*, n. 17, anno 1066. — « Et insuper ipse cum filio suo Fulcone, qui natu « major inter alios fratres erat. » S. *Trin. Vind.*, f° 245, en 1060. — S. *Petri Carnot.*, p. 524, 554.

leux, bien qu'à cette époque le droit d'aînesse n'existât pas encore pour ces domaines [1].

Certaines chartes consacrent le droit de l'aîné avec plus de précision. Dans les premières années du douzième siècle, Borel de Saumur fit, avant de mourir, un don à Saint-Maur; l'acte est signé par tous ses fils et par sa fille, mais l'aîné seul, nommé Jean, prend le titre d'héritier [2]. Nous trouvons la même qualité prise par Garin, fils aîné de Mélésinde, dans un acte de donation de l'année 1090 [3], et par le fils aîné de Geoffroi de Trèves, dans une charte des premières années du douzième siècle [4]. D'après une charte de Saint-Pierre de Chartres, la possession du fief se transmet *jure primogeniti* [5].

L'obligation de transmettre la tenure féodale à un seul fils, et notamment à l'aîné, était souvent imposée par la charte même de concession du seigneur. Nous en voyons un exemple dans le cartulaire de Vendôme. Au onzième siècle, l'abbé Odric concéda des vignes à un nommé Constantin, à sa femme et à leur fils aîné, à la condition qu'au décès du fils le bien retournerait au couvent. Il ne s'agissait pas, du reste, ici d'un fief militaire, mais d'un simple bénéfice roturier [6]. Le cartulaire de Saint-Pierre de Chartres renferme aussi des concessions transmissibles à l'aîné seulement [7]. Pour celles-ci, comme pour les tenures nobles, la loi de la concession était souveraine; c'est ainsi que s'est établi le droit d'aînesse. Le seigneur, afin d'assurer le service du fief, ne donnait l'investiture qu'à un seul enfant, chargé de remplir les obligations féodales. Si le fief se fût divisé, le service l'eût été aussi, et par suite fût devenu impossible.

[1] « Postremus vero Fredericus primogenitus filius meus hæc omnia sua « auctoritate affirmavit. » *Cod. nig.*, nos 188, 189, anno 1060. — La charte indique qu'il s'agit d'un alleu.

[2] « Hereditatis successor. » *S. Maur.*, n. 28, ann. 1120.

[3] « Qui heres futurus erat. » *S. Maur.*, n. 45, vers 1090.

[4] « Uxor Gauzfridi ac primogenitus eorum Aimericus, cui successio he- « reditatis pertinebat cum fratribus suis Gaufrido atque Aimerico de Nar- « bona, ad nostrum accesserunt monasterium. » *S. Maur.*, n. 48, 1105-1120.

[5] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 442-444.

[6] Concession faite à Constantin, à sa femme et *Lisiæ eorum primogenito*. *S. Trin. Vind.*, f° 249, sous l'évêque Eusèbe.

[7] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 390, 391, en 1146.

L'aîné, après le décès de son père, recevait du seigneur, dont il relevait directement, l'investiture du fief paternel. Nous voyons Geoffroi Martel, d'après la chronique des comtes d'Anjou, conférer la seigneurie de Châteaugontier à Renaud, fils aîné du seigneur. Renaud eut la seigneurie tout entière, et ne partagea point avec Geoffroi, son frère cadet ; celui-ci, qui était le filleul de Geoffroi Martel, reçut du comte un autre domaine en fief [1].

A la fin du onzième siècle, Maurice, fils aîné de Renaud l'Allobroge, seigneur de Craon, lui succéda, au préjudice de ses frères [2]. Vers la même époque, le *castrum Prugniaci*, par suite du prédécès du fils aîné, passa au cadet, qui avait déjà recueilli avec sa sœur d'autres biens dans la succession de ses parents [3].

Les vigueries transformées en châtellenies ou en baronnies passaient au fils aîné et ne se divisaient pas. Vers 1064, Giraud, fils de Berlay, seigneur de Montreuil, succéda à son père [4]. Le cartulaire de Chartres prouve aussi que, vers la fin du onzième siècle, les vicomtés passaient aussi au fils aîné [5]. Il en était de même des mairies [6].

Un document du treizième siècle, relatif aux baronnies d'Anjou, du Maine et de Touraine, établit que ces seigneuries ne se partageaient pas ; c'étaient de petites souverainetés qui devaient, comme la couronne comtale et la couronne de France elle-même, passer en entier au fils aîné. A défaut d'enfants mâles, la baronnie appartenait à la fille aînée ; la loi salique ne s'appliquait pas aux fiefs. Le mémoire cite pour exemples : en Anjou, les baronnies de Doué, de Monsoreau, de Passavant, de

[1] « Filius vero ejus primogenitus Rainaldus, homagio consuli facto, « terram suscepit. » *Chron. de gestis consul. andeg. de Gosfrido Martello.*

[2] *Cart. S. Mariæ de Rota*, n. 8.

[3] « Igitur matre defuncta, filia locum sicut mater tenuerat habuit, et « cum fratre Gaiferio in cujus manu mater locum dimiserat, et *cui castrum* « *cum toto honore, primogenito fratre Barbotino jam mortuo, remanserat*, « placitum fecit ut locum illud cum rebus omnibus ad eum pertinentibus « loco caritatis ex toto concederet. » *Cartulaire du Ronceray*, cap. XCXI, sous l'abbesse Richilde, onzième siècle.

[4] « Geraldus... Berlaï de Castro quod monasteriolum vocatur hæres et « filius. » *Cod. nig.*, n. 210.

[5] *S. Petri Carnot.*, p. 563. — Ebrard, fils aîné d'Ebrard du Puiset, lui succède dans la vicomté de Chartres. *Ibid.*, p. 319, en 1076.

[6] « Dicti majoris primogenitus et hæres, et qui in dicta debebat succe- « dere majoria. » *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 693, en 1243.

Rochefort ; en Touraine, celles de Saint-Christophe et de Semblançay ; dans le Maine, celles de Laval, de Mayenne et de Sablé. Il rappelle que les possesseurs de ces différentes seigneuries n'ayant laissé que des filles, les aînées avaient hérité de toute la terre féodale, et que leurs cadettes n'avaient reçu que de simples dots en argent [1].

L'admission des filles à la succession des fiefs de dignité, à défaut de mâles, était déjà un signe de l'affaiblissement du principe militaire de la féodalité. Le fief, en devenant patrimonial, se rapprochait de l'alleu et admettait aussi les femmes à la succession. Dans l'origine, le fief étant une tenure militaire et en quelque sorte une fonction publique, les femmes ne pouvaient succéder à cette tenure. Cet état de choses persista longtemps en Allemagne [2]. En France et en Anjou, dès le onzième ou le douzième siècle, les femmes succédaient aux fiefs [3].

Le droit d'aînesse n'était pas tellement absolu que le frère cadet ne fût admis à posséder une certaine partie de la seigneurie ou du fief ; mais, afin de ne pas démembrer le domaine féodal, le cadet tenait lui-même en fief de son frère aîné la part qu'on lui attribuait. C'est ainsi que le comte Geoffroi Martel, ayant donné le comté d'Anjou à Geoffroi le Barbu, son neveu, en détacha le château de Vihiers qu'il donna à Foulques Réchin, à condition que celui-ci le tiendrait de son aîné [4]. On appelait *tenir en parage* cette manière de posséder un fief. Elle était en pleine vigueur au treizième siècle ; l'aîné, seul saisi de la succession, en donnait à son puîné une portion que celui-ci tenait de lui [5].

Le parage, qui permettait de donner une part aux cadets sans démembrer le fief d'une manière définitive, servit de transition

[1] Marchegay, *Archives d'Anjou*, t. II, p. 218.

[2] *Libellus antiquus de beneficiis*, publié par Canciani.

[3] « Consilio et voluntate matris suæ... de cujus patrimonio tota causa « illa movebat. » *S. Sergii*, f° 293, en 1111. — Fief vendu par une femme nommée Alburge, qui l'avait hérité de son père. *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 340, 341.

[4] « ...Fulconi vero fratri hujus inter cætera Vieriensium castrum, pre- « cipiens tamen ut omnia a fratre suo teneret. » *Cod. nig. S. Flor.*, n. 48.

[5] « Audit Henmelin et à ses heirs à tenir dendit Yvon et de ses heirs « heritamment en franc parage, se il celui Henmelin a heirs de feme es- « pouse. » Charte originale de 1260 de la bibliothèque d'Angers.

entre le système féodal primitif qui prohibait d'une manière absolue le partage du fief et celui des coutumes du seizième siècle, qui admettait le partage définitif, bien qu'inégal, du domaine féodal entre l'aîné et ses frères. La coutume d'Anjou conserva toujours les anciens principes, et lors de sa rédaction, elle n'accorda aux cadets qu'un simple usufruit sur le tiers du fief paternel ou maternel ; l'aîné seul portait la foi au seigneur [1].

Dans l'origine, la succession féodale en ligne directe se bornait aux descendants ; les ascendants ne succédaient point aux fiefs. Ils étaient même exclus des fiefs donnés par eux à leurs descendants, lorsque ceux-ci mouraient sans postérité. Une charte de 1111 nous montre qu'en Anjou la règle féodale s'appliquait encore dans toute sa rigueur à cette époque. Ermenilde, veuve de Ménard, avait donné à Gosberge, sa fille, un fief à elle propre en la mariant. Gosberge ayant été répudiée par son mari et n'ayant pas d'enfant, le fief passa à Girard, frère de cette femme, encore enfant et sous la tutelle du seigneur dominant, bien qu'Ermenilde, mère de Gosberge et donatrice du fief, fût encore vivante [2]. Voici quel était le motif de cette exclusion : l'ascendant, en donnant son fief avec l'autorisation du seigneur, avait perdu tout droit à ce bien. Lorsque le vassal mourait sans descendants, le seigneur dominant rentrait dans sa terre et excluait l'ascendant donateur. Le seigneur, en donnant l'investiture du fief à un collatéral, ou en le gardant lui-même en vertu du bail féodal, comme dans le cas précédent, en assurait le service. Il n'aurait pas atteint le même résultat en le laissant aux mains d'un ascendant souvent trop âgé pour les rudes devoirs militaires qu'imposait la possession d'un fief. Mais avec le temps les droits de la famille finirent par l'emporter sur celui du seigneur, du moins dans la plupart des coutumes.

Par une raison analogue, l'ascendant était exclu des fiefs nouveaux acquis par son descendant. Le fief étant concédé au vassal et à sa postérité, lorsque celle-ci faisait défaut, le fief, au lieu de passer aux ascendants du défunt, qui n'étaient pas appelés par la charte d'investiture, passait au seigneur. L'usage modifia aussi sur ce point la rigueur primitive du droit féodal

[1] Coutume d'Anjou, art. 222, 233.
[2] Charte de 1111. S. *Sergii*, f° 293.

dans la plupart des coutumes ; mais celle d'Anjou resta toujours peu favorable aux ascendants.

Dans d'autres provinces ils pouvaient être appelés quelquefois cependant par la charte d'investiture. Dans une charte de Saint-Pierre de Chartres nous voyons qu'une femme devait succéder à son fils, s'il mourait lui-même sans descendants. Mais cette concession n'était qu'une sorte d'usufruit : à la mort de la mère, le fief devait retourner au seigneur concédant [1].

Nous voyons aussi dans plusieurs chartes le père et la mère concourir aux actes d'aliénation de fiefs faits par leurs descendants avec les autres parents [2].

Faut-il en conclure qu'ils étaient aussi héritiers présomptifs de ces biens régis par des usages spéciaux ? Nous ne le pensons pas, car dans aucun document nous n'avons vu les parents succéder aux fiefs de leurs enfants.

La succession collatérale ne s'établit que longtemps après la succession directe ; au onzième siècle, elle ne paraissait pas encore complétement affermie. A défaut de fils du vassal, le seigneur dominant disposait quelquefois du fief au profit d'un étranger. Eudes Brise-lance, vassal d'Aubry *de Vieriis*, avait donné en mariage à sa fille un fief qu'il tenait de ce seigneur. Dodon, mari de cette femme, étant mort sans enfants, Aubry reprit le fief et en investit Hervé de Sablé [3]. Foucher, fils de Béranger de Cernusson, avait succédé au fief que son père tenait de deux seigneurs différents, Guillaume et Oger. La partie tenue du premier passa à Adrald, neveu de Béranger ; celle qui était tenue du second passa à Frotmond, auquel Oger l'avait donnée [4]. La charte de Saint-Serge, que nous avons citée tout à l'heure, montre que cependant le seigneur concédait ordinairement le fief, à défaut d'héritiers directs du vassal, au frère de celui-ci. Nous en avons trouvé d'autres exemples du onzième

[1] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 312, ann. 1119-1128.

[2] *S. Petri Carnot.*, p. 358 ; p. 528, 529, ap. 1113.

[3] « Defuncto autem Dodone sine liberis pro forisfactum uxoris suæ rediit « curtis ipsa in dominium Alberici de Vieriis. » *S. Albini*, f° 24, n. 1, sous Geoffroy Grisagonelle, dixième siècle.

[4] « Illam vero partem... recuperare non potuit nisi a domno Frotmundo « cui domnus Orgerius eam post mortem Berengarii donaverat. » *Cod. nig.*, n. 161.

siècle[1]. Dans une charte de Saint-Pierre de Chartres on voit les moines concéder au frère d'un de leurs vassaux le fief que le défunt avait possédé; mais cette nouvelle concession fut limitée par l'investiture à deux générations[2]. Les moines du même couvent concédèrent un fief à un nommé Payen, vers le commencement du douzième siècle; en cas de décès du vassal, ou de l'un de ses descendants, sans postérité, le fief devait passer à Etienne, son frère, et, après la mort de ce dernier, retourner au couvent[3]. Ces différents exemples nous montrent que le droit de succéder en ligne collatérale dépendait encore des conditions de la charte d'investiture. La coutume altéra peu à peu le droit primitif du seigneur dominant et consacra le droit de succession en ligne collatérale pour les fiefs[4].

Le père et le frère succédaient aux droits seigneuriaux donnés en fief, ou à tout autre titre, à leur fils ou frère comme aux domaines eux-mêmes; ces droits étaient aussi tombés dans le domaine privé des possesseurs par suite de l'inféodation qui les en investissait[5].

Les seigneuries, comme les simples fiefs, passaient au frère du défunt. Giraud, fils de Berlai, seigneur de Montreuil, laissa en mourant cette seigneurie à son frère Renaud[6]. Il en fut de même de la seigneurie de Châteaugontier, que Geoffroi Martel avait donnée à Renaud lors du départ du père de celui-ci pour la

[1] « Quo mortuo (Gualterius), cum Herbertus frater ejus suscepisset hono-« rem ipsius, eumque dedisset postea Trinemaroco Popardo cum filia sua. » *Cartæ de Carbaio, circa* 1050, *ex cartul. majoris monasterii*, Marchegay, t. II, p. 7.—« Amelina S. Mariæ de Caritate abbatissa, totusque conventus « Garino Dolio concesserunt quicquid Guillermus de Curtis frater suus, ab « ecclesia S. Mariæ tenuerat. » *Cartulaire du Ronceray*, f° 319.

[2] *Cod. S. Petri Carnot.*, p. 273, au commencement du douzième siècle.

[3] *S. Petri Carnot.*, p. 312, ann. 1119-1128.

[4] « Huic successit, *sicut mos est*, frater ejus prefatus Rainaldus.» *S. Sergii*, f° 326, sous l'évêque Geoffroy. — Il s'agissait d'un fief relevant d'Hubert, seigneur de Durtal. — « Hugo videlicet cui post fratrem suum honor re-« manebat paternus. » *S. Petri Carnot.*, p. 610, 611, en 1136.

[5] « Quartam partem telonei quam habebat (Gosfridus de Campo caprario) « apud castrum quod dicitur Salmurum... tam pro patris et pro fratre suo « Petro qui in Hierusalem mortuus fuerat, qui etiam hoc teloneum ante eum « possederat. » *Cart. majoris monast.*, vers 1150, Marchegay, t. II, p. 57.

[6] « ...Ad Rainaldum Girardi fratrem qui in honorem successerat. » *Cod. nig.*, n. 212.

terre sainte. Le père et le fils étant morts le même jour, l'un à Jérusalem, l'autre à Châteaugontier, Geoffroi, frère cadet de Renaud, rendit hommage lige et reçut l'investiture de la seigneurie de son père et de son frère [1].

Les femmes furent admises, en Anjou, dès le douzième siècle, à succéder aux fiefs en ligne collatérale comme en ligne directe. Dans une charte de ce temps, on voit Hugues de Baracé réclamer un fief qu'Agnès, sa belle-mère, avait possédé à titre de douaire, et qui avait ensuite appartenu à Amaury, puis à Frellon, fils d'Agnès; ce dernier l'avait donné à Saint-Serge. Hugues, qui se présentait du chef de sa femme Garcie, sœur des précédents, finit par confirmer la donation faite au couvent [2].

Entre héritiers collatéraux la proximité du degré déterminait l'ordre de la succession pour les fiefs comme pour toute sorte de biens [3].

Nous en avons un exemple des premières années du douzième siècle au sujet d'un chevalier nommé Guy de Rochefort, qui, partant pour Jérusalem, donna son fief à son neveu Hatton, parce qu'il n'avait pas, suivant les termes mêmes du texte, de plus proche héritier [4].

§ 3. — Des propres de ligne.

D'après l'ancien droit romain les biens que le fils, soumis à la puissance paternelle, avait recueillis dans la succession de sa mère, passaient au chef de famille. Les constitutions impériales, corrigeant ce système, avaient appelé en première ligne les descendants du fils, au second rang les frères et sœurs, puis le

[1] « ...Qui solus (Gofridus) remanens, homagio et ligiatione consuli facto, « terram patris vel fratris defunctorum suscepit regendam cum illa quam « ei comes amore filiolatus dederat. » *Chron. de gestis consul. andeg.*, de Gosfrido Martello.

[2] « Dicens eam fuisse patris uxoris suæ nomine Garciæ et propter hoc « esse juris sui et natorum suorum. » *Cod. sec. S. Sergii*, nos 57, 58.

[3] « Concessit hoc et R. prefati datoris nepos qui in serie cognationis pro- « pinquior veniebat. » *S. Petri Carnot.*, p. 373, 374, ann. 1130-1150.

[4] « Cuidam nepoti suo Attoni fedum omne suum tradidit, eo quod alium « heredem propinquiorem non haberet. » *Cartæ de Camilliaco*, vers 1120, Marchegay, t. II, p. 66.

père ou les autres ascendants suivant leur degré[1]. Ce cas spécial excepté, le droit romain ne tenait point compte de l'origine des biens. En ligne collatérale, la loi appelait d'abord les agnats ou parents paternels, et, à leur défaut seulement, les parents maternels, ou cognats, en vertu de la jurisprudence prétorienne.

Les lois barbares attribuaient aussi la succession sans égard à l'origine des biens, et appelaient la ligne paternelle de préférence à l'autre ligne[2].

Mais en France, au onzième siècle, un autre système avait prévalu. Les biens allodiaux ne devaient pas sortir de la ligne dont ils provenaient ; l'héritier de cette ligne pouvait seul s'opposer aux aliénations projetées par le propriétaire. D'après une charte de cette époque, une femme nommée Fréducia donna, avec le consentement de son mari, un alleu au couvent de la Trinité de Vendôme, à la condition que les moines pourvoiraient à leurs besoins. Fréducia avait commencé par donner à Drogon de Montdoré, mari de l'une de ses parentes (*cognata*), un alleu qu'elle tenait de sa mère ; mais elle choisit pour les moines un alleu qui lui venait de son père, *parce que*, suivant le texte, *elle n'avait pas dans cette ligne d'héritier qui pût attaquer sa donation*[3]. Il nous paraît résulter de cet acte qu'au on-

[1] Cod. Justinien, liv VI, t. LXI, c. III, IV ; *Lex romana Burgundionum*, t. XXVI.

[2] *Lex Salica emendata*, t. LXII, c. V; *Lex Werinorum*, t. VI, c. IV.—Les statuts de Burchard, évêque de Worms, promulgués en 1024, excluent toutefois le père des biens recueillis par les enfants dans la succession de leur mère prédécédée (c. I). — Le Miroir de Souabe attribue à la ligne maternelle les propres provenus de cette ligne, et donne tous les autres biens au *côté de l'épée*, c'est-à-dire à la ligne paternelle. *Droit provincial*, c. LI.

[3] « Reliquit ergo alodia villæ Sigonis supramemorato Drogoni de Monte-« aureo, quæ competebant illi consanguinitatis jure a parte matris. Illa « vero de Listriaco, quæ habebat de patre suo, et quæ calumniari vel co-« gnatus, vel aliquis alius, nec jure poterat, nec debebat, donavit S. Tri-« nitati. » *S. Trin. Vind.*, Galland, p. 22, 23. (Cet acte ne se retrouve plus dans le cartulaire.) — On voit, dans une charte bretonne du neuvième siècle, une mère et son fils vendre conjointement un alleu que leur frère et oncle avait donné au fils, son neveu et son filleul. Ils agissent comme copropriétaires, tandis que le mari n'intervient que pour autoriser sa femme : « Ego Godehildis et filius meus Gontarius, cum consensu mariti « mei Perinis, vendidimus quantum ad nos pertinebat de hereditate « nostra in loco qui vocatur Mat, quod dedit frater meus Evrac in dono fi-

zième siècle les biens propres allodiaux étaient affectés à la ligne paternelle ou maternelle suivant leur origine, et que les parents collatéraux ne pouvaient prétendre qu'aux biens venus de leur côté.

Cette disposition, tout à fait étrangère au droit romain et au vieux droit germanique, peut s'expliquer soit par la persistance d'un ancien usage celtique, soit par l'influence de la féodalité.

Les lois galloises partagent aussi les biens propres suivant leur origine, et attribuent les biens paternels aux parents paternels, les biens maternels aux parents maternels [1].

Dans l'ouest de la Gaule, où la civilisation romaine n'avait pas pénétré aussi complétement que dans le midi, où les Germains ne s'étaient pas établis aussi solidement que dans le nord, certains usages celtiques ont pu survivre à la conquête romaine et à l'invasion franque [2]. Les provinces occidentales, en effet, conservaient encore au cinquième siècle la nationalité gauloise, et ont toujours gardé leur caractère propre.

Le droit féodal a cependant exercé sur cette matière une grande influence. Suivant le système primitif des coutumes féodales, le fief ne sortait jamais de la ligne du premier concessionnaire qui l'avait apporté dans la famille. Les anciennes concessions imposaient au vassal l'obligation de transmettre le fief à son *lignage* [3]. Le frère utérin ne succédait pas aux fiefs venus

« filoli Guntario filio meo, nepoti suo. » *Cartulaire de Redon*, année 871 ; D. Lobineau, *Preuves*, col. 67. — Il paraît résulter de ce texte que la mère était copropriétaire ou tout au moins héritière présomptive du bien de son fils provenant de la ligne maternelle, et que le père n'avait pas le même droit, puisqu'il n'agit pas au même titre. On ne peut, du reste, faire que des conjectures sur ce sujet.

[1] *Leges Wallicæ*, lib. IV, § 85, n. 13.

[2] Cette observation s'applique aux coutumes basques, évidemment plus anciennes que l'invasion romaine. Certaines coutumes gasconnes paraissent aussi d'origine gauloise. Le droit de *mainsneté*, ou préciput du plus jeune, des coutumes de Flandre et de basse Bretagne, est incontestablement celtique. La persistance des usages primitifs dans le reste de la Gaule est plus douteuse.

[3] Concession faite par Otbrand, abbé de Saint-Aubin, de plusieurs châteaux à un nommé Renaud ; celui-ci transmettra le fief *heredi ex lignagio suo. S. Albini*, f° 21, n. 42, fin du onzième siècle. — Concession faite par l'abbé Achard à l'un de ses vassaux : « Tali ratione ut homo ejus fierct, et si sine legitimo herede morereiur, vel si aliquando heredes ejus ex legi-

du côté paternel, ni le frère consanguin à ceux venus du côté maternel; la mère et les parents de sa ligne étaient exclus des fiefs paternels, *et vice versa*. De là vinrent les règles *Paterna paternis*, *Materna maternis*, et *Propres ne remontent*. Si le système coutumier a eu pour source première en matière de succession collatérale un ancien usage celtique, il est certain que la féodalité lui a imposé un nouveau caractère. Elle a exclu les ascendants avec une rigueur étrangère à l'ancien droit; et cette exclusion s'est étendue à tous les propres, malgré les dispositions contraires du droit romain et des lois barbares.

Quoi qu'il en soit, le principe de l'attribution des propres à la ligne dont ils proviennent était en pleine vigueur dès les premières années du douzième siècle. Nous en trouvons un exemple très-explicite dans une charte de cette époque. Un chevalier nommé Hugues étant mort d'une chute de cheval, ses frères donnèrent une terre à Saint-Serge pour le repos de son âme. On leur fit observer que ce don n'était pas valable; ils n'étaient en effet que les frères utérins du défunt. Hugues n'était pas né du même père que les donateurs, et il tenait cette terre de son père. L'héritier légitime était une jeune fille nommée Théophanie, sa nièce du côté paternel. Cette femme, après de nombreux changements survenus dans la famille, consentit à confirmer le don fait aux moines[1]. Le texte ne nous dit pas si cette terre était un fief ou un alleu, mais la charte n'en prouve pas moins l'existence de la règle en question dès une époque fort reculée.

G. D'ESPINAY,
Juge au tribunal civil de Saumur, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

timo matrimonio conubio procreati, filius scilicet vel filiæ deficerent excepta prorsus alia progenie nepotum aut aliorum parentum, sicut ædificati fuerint S. Sergio remanerent (S. Sergii, cod. sec., n. 191).

[1] « Et quoniam terra hujus Hugonis ad reliquos supradictos fratres non « pertinebat; nec enim erant filii patris Hugonis qui et jure hereditario eam « possidebat... neptem quamdam Hugonis qui ex patris genere descenderat « cum qua hereditatem possent juste sibi vindicare... calumniatus eo « quod se rectam heredem habere affirmaret uxorem videlicet puellam no- « mine Theophaniam. » *S. Sergii*, f° 159, sous l'évêque Renaud, au commencement du douzième siècle.

DE LA PATERNITÉ DU MARI

EN DROIT ROMAIN

ET DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

DEUXIÈME PARTIE [1].

DE LA PATERNITÉ DU MARI DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

L'ancienne jurisprudence française, en présence de coutumes muettes sur cette matière, avait emprunté au droit romain sa présomption légale de la paternité du mari. — « Cette maxime, disait Cochin [2], est le fondement inébranlable de l'état des hommes ; c'est le lien le plus sacré de la société ; c'est la religion, c'est la dignité du mariage, c'est l'honnêteté publique qui l'a dictée, et qui en fait une loi impérieuse qui subjugue tout ; toutes incertitudes, présomptions, soupçons dictés ou par la malignité, ou même par une sorte de vraisemblance, tout doit être captivé sous le joug d'une loi si sage et si nécessaire. » — « La maxime qui donne aux enfants de la femme nés pendant le mariage le mari pour père, disait l'avocat général de Saint-Fargeau devant le Parlement de Paris, est proposée en général et comme une règle absolue. Vainement objecterait-on qu'elle est prise dans les lois romaines qui n'ont pas force de loi parmi nous. Nos lois, notre jurisprudence l'ont adoptée et l'ont revêtue de toute leur autorité. Les fondements de son empire sont trop bien affermis pour qu'ils puissent être ébranlés. Ce n'est pas seulement une simple conjecture que des conjectures opposées parviennent à balancer. C'est une présomption pleine et entière qui ne peut être détruite que par la force de l'évidence [3]. »

Nous allons, en étudiant cette jurisprudence, examiner d'a-

[1] Voir le numéro de janvier-février 1862.

[2] *Œuvres de Cochin*, t. IV, p. 492.

[3] Voir Nouveau Denizart, v° ÉTAT (Question d'), § 1, n. 2.

bord quels sont les enfants qui peuvent invoquer la présomption légale. Nous verrons ensuite comment le mari ou ses ayants droit peuvent détruire cette présomption par la preuve contraire.

§ 1. — Des conditions de la présomption légale.

Les auteurs du Nouveau Denizart décidaient, comme les jurisconsultes romains, que la présomption était attachée même au mariage non valable, au moins tant qu'il paraissait subsister, c'est-à-dire tant que la nullité n'en avait pas été prononcée. Cette décision ne pouvait faire aucun doute pour le cas où le mariage non valable avait été contracté de bonne foi par les parties ou l'une d'elles, puisque les enfants étaient alors légitimes, par application de la théorie de la putativité. Mais ces auteurs appliquent leur décision même au cas où les deux parties ont été de mauvaise foi : ils disent qu'alors « la nullité reconnue du mariage fait bien évanouir la légitimité des enfants, mais que la paternité naturelle subsiste toujours [1]. » — Telle paraît être aussi la doctrine de Pothier. Après avoir dit que la puissance paternelle est un des effets civils du mariage, le jurisconsulte d'Orléans décide que les enfants nés d'un mariage non valable n'en sont pas moins soumis aux devoirs naturels envers leurs père et mère. La présomption légale de paternité n'est donc pas pour lui un des *effets civils* du mariage, puisqu'il en suppose l'application en déclarant les enfants tenus, comme envers leur père, envers celui qui n'a pas été juridiquement le mari de mère [2].

C'était, comme en droit romain, la conception pendant le mariage qui produisait la présomption de paternité. — « Si nous examinons, dit d'Aguesseau [3], quelle est la force et l'effet de cette présomption, nous trouvons qu'elle ne peut jamais être

[1] V° ETAT (Question d'), § 1, n. 2.

[2] « Il est vrai que, quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, les enfants ne laissent pas d'être tenus aux devoirs naturels envers leurs père et mère ; mais il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils qui donne aux père et mère le droit de puissance paternelle dans toute son étendue. » *Traité du contrat de mariage*, n. 399.

[3] 34e plaidoyer, *Œuvres*, t. III, p. 174.

complétement décisive que pour ceux qui non-seulement sont nés, mais qui sont conçus dans le mariage... Mais, de vouloir lui donner un effet rétroactif, de prétendre qu'il suffira d'être né dans le mariage, et que ce nom sacré pourra servir d'un voile favorable qui couvrira même ce qui s'est passé dans un temps où toutes les présomptions cessaient, où l'on ne pouvait invoquer encore ni la force d'un engagement solennel, ni la longueur d'une cohabitation certaine, où enfin la loi ne pouvait rien présumer d'innocent, parce que tout était également coupable, ce serait abuser manifestement des termes de la maxime commune *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, et lui faire perdre sa véritable application en lui donnant une étendue qu'elle n'a pas. »

Il importe donc d'examiner quelles étaient les règles de l'ancienne jurisprudence française sur la durée de la gestation. Nous déterminerons ainsi quels étaient les enfants auxquels la présomption de paternité s'appliquait dans toute sa force.

La règle romaine qui fixe à six mois accomplis ou à cent quatre-vingts jours pleins la moindre durée de la gestation, s'était-elle maintenue avec toute son inflexibilité dans l'ancien droit [1] de la France?

On ne songea pas à prolonger ce *minimum* de durée, et l'on regarda sans difficulté comme légitime l'enfant né dans le septième mois de la célébration du mariage. Telle fut, au rapport de Merlin [2], la décision rendue le 27 juin 1722 par le conseil souverain d'Alsace sur les conclusions conformes de l'avocat général de Corberon. Mais on tendit à le restreindre, grâce à l'influence des médecins et physiologistes du temps, qui contestèrent l'opinion d'Hippocrate et de Pythagore ; et Merlin, après avoir rapporté leurs avis, rapporte aussi un arrêt rendu le 4 mai 1779 par le Parlement de Provence, qui préjugea la légitimité d'un enfant né dans le courant du sixième mois du ma-

[1] Nous ne parlons ici que du dernier état de ce droit ; car il est certain que la règle des six mois était appliquée au moyen âge, comme le prouve le passage suivant de Beaumanoir : « Se le feme porte li enfes mains de sept « mois (ce qui doit s'entendre de sept mois commencés ou six mois pleins) « le mariage durant, et li enfes vit, il apert qu'il fut conçeus devant le ma- « riage, et par ce pot il estre tenus por bastars. » *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 2, édition Beugnot, 1842, t. I, p. 278.

[2] *Répertoire*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 1, n. 2.

riage [1]. Toutefois, les auteurs du Nouveau Denizart, qui écrivaient en 1790, présentent l'ancienne règle comme un principe encore certain : « L'enfant né parfait, disent-ils, qui continue de vivre, n'appartient pas à celui auquel on l'attribue, lorsque, dans cette supposition, il se trouverait être né dans l'intervalle du cinquième mois commencé au septième mois commencé, du cent vingt-deuxième au cent quatre-vingt-deuxième jour de sa conception. Le fait de la vie conservée dément cette paternité, parce que, en suppposant cette paternité, l'enfant n'aurait pas pu conserver la vie qu'il vient d'acquérir [2]. » Cette doctrine avait été consacrée en 1605, par le Parlement de Grenoble, qui déclara illégitime un enfant né dans le sixième mois du mariage : et le Parlement de Paris rendit deux arrêts dans le même sens le 21 juin 1638 et le 12 juillet 1666 [3].

On peut donc dire qu'il était, de principe, dans l'ancien droit français, que la présomption légale de la paternité du mari ne pouvait être invoquée que par les enfants nés, au plus tôt, le cent quatre-vingt-deuxième jour de la célébration du mariage.

Cependant, il aurait pu se faire que le mari fût déclaré père d'un enfant né de sa femme avant cette époque, en raison des relations qui auraient eu lieu entre les époux avant la célébration du mariage, soit parce que le mari aurait connu la grossesse de sa future au moment de l'épouser, soit parce qu'il aurait reconnu tacitement l'enfant pour son fils, en ne protestant pas à l'époque de l'accouchement. C'est ce que décidèrent différents arrêts rapportés par Merlin [4], dans les espèces desquels se rencontraient les différentes circonstances qui viennent d'être indiquées : le premier fut rendu par le Parlement de Paris, le 16 juillet 1695, sur les conclusions conformes de d'Aguesseau ; le second, par le Parlement de Douai, le 16 août 1771, et le troisième, par le Parlement de Paris, le 16 juin 1780, conformément aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury. C'était là une application du pouvoir discrétionnaire d'appréciation qu'avaient alors les juges pour la recherche et la constatation de la paternité naturelle, comme le montrent bien les pa-

[1] *Répertoire*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 1, n. 5.
[2] Nouveau Denizart, v° GROSSESSE, § 2, n. 5.
[3] Merlin, *Rép.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 1, n. 4.
[4] Merlin, *ibid.*

roles que prononçait d'Aguesseau lors de l'arrêt de 1695. Après avoir proclamé ce pouvoir d'appréciation comme une règle au-dessus de toute discussion, il ajoutait : « Supposons ici qu'un jeune homme ait eu quelque familiarité suspecte avec une jeune fille, tous deux libres, tous deux en état de s'engager dans les liens du mariage; supposons qu'ils se marient ensuite, et que la naissance d'un fils, suivant de trop près la célébration du mariage, donne lieu à une question d'état dans laquelle il s'agisse de savoir de qui il sera présumé le fils. — Si le mariage était antérieur à la conception, la loi le donnerait au mari, sans aucune difficulté, par une présomption légitime. — Si, au contraire, il n'y avait jamais eu mariage entre les parties, alors on chercherait les preuves de la fréquentation, et si ces preuves étaient concluantes, elles décideraient la question par une simple conjecture probable. — Mais s'il se trouve, en même temps, et une fréquentation dans le temps de la conception et un mariage contracté dans le temps de la naissance, ne peut-on pas dire que ces circonstances réunies ensemble forment une présomption, moins forte à la vérité que la première, mais aussi plus puissante que la seconde, puisqu'elle n'est pas appuyée uniquement sur la fréquentation, et que le mariage qui l'a suivie lui donne un degré de force, d'évidence et d'autorité à laquelle il paraît presque impossible de résister [1]. » — Les rédacteurs du Code Napoléon se sont inspirés de ces considérations en écrivant l'article 314.

Lorsqu'un enfant conçu avant et né depuis la célébration du mariage était ainsi reconnu avoir le mari pour père, l'ancienne jurisprudence française lui reconnaissait la qualité et les droits d'enfant légitime, par application des principes généraux de la légitimation. Par conséquent, si, à l'époque de la conception, il y avait entre le père et la mère un empêchement au mariage entachant leurs relations intimes d'inceste ou d'adultère, l'enfant, n'ayant pu être légitimé, conservait sa qualité ori-

[1] 34e plaidoyer, *Œuvres*, t. III, p. 174, 176. — La même doctrine est reproduite et précisée en ces termes par les auteurs du Nouveau Denizart : « La circonstance que l'enfant est né pendant le mariage ne fait pas, par elle-même et toute seule, une présomption de droit, mais une présomption ordinaire qui a besoin, pour faire preuve entière, d'être fortifiée par d'autres circonstances, comme la fréquentation antérieure du mari, sa reconnaissance de l'enfant, le soin qu'il prend de son éducation. » V° Etat (Question d'), § 1, n. 4.

ginelle d'incestueux et d'adultérin. Ce résultat, contesté seulement par les auteurs qui considéraient le vice d'inceste ou d'adultère comme purgé par la possibilité du mariage survenue au moment de la naissance, avait été consacré par un arrêt du Parlement de Paris, rendu dans les circonstances suivantes. Un receveur général, qui entretenait, quoique marié, des relations intimes avec une actrice de l'Opéra, perdit sa femme le 10 décembre 1751 ; le 4 février 1752, il épousa l'actrice ; et celle-ci accoucha d'un fils le 20 avril suivant, cent trente jours après la dissolution du premier mariage. Le 10 mai 1773, le Parlement déclara cet enfant illégitime. Merlin, qui rapporte l'espèce de cet arrêt, y joint un arrêt du Parlement de Bordeaux, en date du 14 février 1617, d'où il résulte également que la simple naissance dans le mariage était considérée comme un cas de légitimation [1].

Il y eut sous l'ancienne jurisprudence française une grande diversité pour la fixation du terme des plus longues gestations [2]. Certains arrêts appliquèrent la règle romaine, et déclarèrent illégitimes des enfants nés après le dixième mois révolu depuis la mort du mari : d'autres, au contraire, déclarèrent conçu des œuvres du mari défunt l'enfant né de la veuve dans le courant du onzième mois de son veuvage, et même postérieurement [3]. Ces différences furent inspirées par les écrits des physiologistes de l'époque, et principalement par ceux du médecin Petit, qui décidaient que la grossesse pouvait être presque indéfiniment prolongée par suite de certains accidents ou de certains états pathologiques. La doctrine des Parlements sur ce point est exposée dans les termes suivants d'un plaidoyer prononcé par l'avocat général Le Nain, devant le Parlement de Paris, lors d'un arrêt du 28 juillet 1705 : « Comme le terme de dix mois est le plus long terme de la gros-

[1] Merlin, *Rép.*, v° LÉGITIMATION, sect. II, § 2, n. 7.

[2] Beaumanoir le fixait à deux cent soixante-quatorze jours pleins (trente-neuf semaines et un jour). « On doit savoir que tuit cil qui naissent après « ce que mariage est desseurés, et tans que trente-nuef semaines et uns « jors sont passé puis le mort du mari, sont bastars ; car feme ne pot porter « son enfant plus de trente et nuef semaines et uns jor ; par quoi il apert « qu'il fut conçeus puis que li barons fu mors ; et par ce est-il aprovés « bastars, par l'aparence du lonc tans. » *Coutumes de Beauvoisis*, ch. XVIII, n. 5, édition Beugnot, t. I, p. 280.

[3] Merlin, *Rép.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 3, n. 3 et 4.

sesse des femmes qui n'ont point d'accidents extraordinaires, on ne peut, dans ces matières qui sont toutes conjecturales, établir de règle plus sûre que celle-ci, c'est à-dire de déclarer illégitimes tous les enfants nés dans le cours du onzième mois après la mort de leur père [1], à moins que des circonstances particulières ne formassent des présomptions violentes en faveur de la veuve, et ne donnassent lieu de croire que sa grossesse a été plus longue que les grossesses ordinaires... Il faut donc convenir que les circonstances seules du fait peuvent, dans cette question, fixer notre incertitude, que les sentiments des philosophes et des médecins ne font encore qu'augmenter; car quel inconvénient n'y aurait-il pas à reconnaître pour légitimes tous les enfants qui naîtraient après le dixième et le onzième mois, sans qu'il se trouvât dans le fait des circonstances particulières [2]. » — C'est ainsi que le Parlement de Paris, par un arrêt du 6 septembre 1655, rapporté au *Journal des audiences*, déclara légitime un enfant né onze mois après la dissolution du mariage : la mère, qui avait toujours vécu d'une manière exemplaire, avait déclaré sa grossesse aussitôt après la mort du mari, arrivée subitement, et s'était retirée dans un couvent ; neuf mois après, elle avait été prise des douleurs de l'enfantement, mais elle n'était accouchée que deux mois plus tard; aussi, dans ces circonstances, l'enfant avait été considéré par toute la famille du mari, un seul parent excepté, comme conçu des œuvres du défunt. Merlin, après avoir cité cet arrêt, en rapporte un autre, rendu par le Parlement de Rouen au mois de décembre 1779, qui déclara pareillement fils du mari défunt un enfant né d'une veuve au bout de onze mois et un jour [3].

Ainsi, l'enfant né dans les trois cents jours de la mort du mari était présumé légitime, sauf l'exercice de l'action en désaveu ; et l'enfant né après ce terme pouvait être déclaré tel par le juge. Il résultait de cette doctrine, qui laissait une large place à l'arbitraire des tribunaux, une fâcheuse incertitude dans la détermination de l'état des personnes. Une règle moins arbitraire en cette matière était réclamée par les jurisconsultes et les pra-

[1] C'est le *mari de leur mère*, et non leur père, qu'aurait dû dire l'avocat général.

[2] Nouveau Denizart, v° ETAT (Question d'), § 4, n. 1.

[3] Merlin, *Rép.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 3, n. 4.

ticiens. « Il importe en jurisprudence, disent les auteurs du Nouveau Denizart, d'avoir une base fixe pour décider les questions qui peuvent se présenter, parce que, sans cette base, les droits des citoyens resteraient dans la plus grande incertitude, et dépendraient entièrement de la fantaisie du juge. » Ces auteurs se ralliaient à l'opinion qui fixe à trois cents jours la durée extrême de la gestation [1].

§ 2. — De la destruction de la présomption légale par la preuve contraire.

Le principe du droit romain était, comme on l'a vu précédemment, que la présomption de paternité pouvait être librement combattue par la preuve contraire. La seule règle, en cette matière, était le pouvoir d'appréciation du juge, et sa conviction n'était point astreinte à se déterminer seulement d'après certains faits. — La même doctrine fut soutenue par l'avocat général de Saint-Fargeau, dans son plaidoyer prononcé le 13 mars 1758 devant le Parlement de Paris, et que nous avons déjà cité [2]. « Mais si la présomption de paternité, disait-il, décide seule et souverainement lorsqu'elle n'est pas débattue par l'évidence, son pouvoir tombe aussitôt que l'évidence lui est contraire. Ainsi deux principes qu'il ne faut jamais perdre de vue : toutes les fois que l'évidence du fait détruit la présomption légale, la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* demeure sans effet; toutes les fois que l'évidence ne lui est pas directement opposée, on ne saurait secouer son joug. »

La jurisprudence, cependant, ne s'en était pas tenue à cette formule large, qui n'était pas exempte de dangers. On sentit le besoin de préciser les cas de désaveu, et on arriva à un système qui se rapproche beaucoup de celui que le Code Napoléon a adopté.

On reconnut d'abord, comme l'avaient fait les jurisconsultes romains, que ni l'adultère de l'époux [3], ni la simple déné-

[1] Nouveau Denizart, v° Grossesse, § 4.

[2] Nouveau Denizart, v° Etat (Question d'), § 1, n. 2, et § 7, n. 7.

[3] « Li enfant en cel cas (en cas d'adultère de la mère) ne sont pas tenu « por bastart, car pot estre qu'il sont du mari, et pot estre que non sont; « et toutes coses là u il y a doute, soit en cest cas et en autres, on se doit

gation du mari, même corroborée par la déclaration de l'épouse, n'étaient des preuves suffisantes de l'illégitimité de l'enfant, et cela quand bien même ces différentes circonstances auraient été réunies. On peut voir en ce sens le célèbre arrêt de Vinantes, rendu par le Parlement de Paris, sur les conclusions conformes de d'Aguesseau, le 15 juin 1693 [1], et plusieurs autres arrêts indiqués par Merlin dans son *Répertoire* [2]. — A plus forte raison ne donnait-on aucune force probante contre la présomption de paternité, à une déclaration faite par des tiers, fût-elle consignée dans l'acte de naissance de l'enfant. « L'acte prouvant la maternité de la femme mariée, disent les auteurs du Nouveau Denizart [3], prouve par là même la paternité du mari, quoiqu'il attribue cette même paternité à un étranger. » C'est ce que décida le Parlement de Paris, par un arrêt du 29 février 1702, dans l'affaire La Plissonnière [4].

Deux causes de désaveu étaient admises sans controverse : 1° l'absence du mari à l'époque de la conception ; 2° son impuissance physique de cohabitation à la même époque.

L'absence du mari, c'est-à-dire la séparation complète des deux époux à l'époque de la conception, est l'un des cas où l'évidence du fait est le plus contraire à la règle *Pater is est.* « Il est vrai qu'en 1637 on publia dans toute la France un imprimé en forme d'arrêt attribué au Parlement de Grenoble, par lequel il paraissait que cette Cour avait déclaré légitime un enfant né pendant l'absence du mari, et *conçu par la force de l'imagination de la mère.* Mais il a été démontré depuis que ce prétendu arrêt était une pure invention ; et, comme ce jeu d'esprit était injurieux à la Cour à laquelle il était attribué, le Parlement de Paris en défendit la publication par un arrêt du 16 juin 1637. D'un autre côté, le Parlement de Grenoble, par un arrêt du 16 juillet suivant, déclara cet arrêt faux, supposé et calomnieux, ordonna que l'imprimé serait lacéré par l'exécuteur de la haute

« tenir au mellor coron et a le mellor partie, dusques à tant que li con-« traires est provés. » Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 4, édition Beugnot, t. I, p. 279.

[1] *Œuvres*, t. II, p. 547.

[2] V° LÉGITIMITÉ, sect. II. § 2, n. 5 *in fine.*

[3] V° ETAT (Question d'), § 3, n. 4.

[4] Merlin, *Rép.*, v° LÉGITIMITÉ, sect. II, § 2, n. 7.

justice, jeté au feu et brûlé par-devant la grande porte du Palais, avec défense de l'imprimer, de l'exposer en vente ou de l'acheter, sous peine de la vie ; ordonna qu'il en serait informé contre les auteurs, etc.[1]. »

Deux conditions étaient exigées, indépendamment de la certitude du fait de l'absence : il fallait qu'elle fût *longue* et *continue*[2]. — La condition de longueur devait s'entendre en ce sens que l'absence devait avoir duré pendant tout le temps antérieur à l'accouchement, pendant lequel la conception avait été possible, c'est-à-dire pendant tout le temps compris entre les deux termes extrêmes de la gestation. Il devait suffire que la paternité du mari eût été possible, ne fût-ce qu'un jour, pour qu'on la présumât, en vertu de la maxime empruntée au droit canonique : *In favorem prolis potius inclinamus*. Mais, comme ces deux termes n'étaient pas fixés d'une manière bien précise, ainsi qu'on l'a vu précédemment, il y avait une large place à l'arbitraire du juge dans l'appréciation de cette première condition. — Pour la continuité, il fallait qu'il n'y eût eu, pendant la durée de l'absence, aucun rapprochement passager entre les époux, ni même aucune possibilité de rapprochement. « L'éloignement des deux époux doit être tel, disent les auteurs du Nouveau Denizart[3], qu'ils n'aient pas pu se rapprocher, comme un marchand qui a passé en Amérique pendant que sa femme a continué le commerce à Paris. Mais si l'éloignement n'est pas considérable, ou que les époux aient pu se rapprocher, alors il ne détruit pas la présomption de paternité : tel est le cas où les époux auraient vécu dans le royaume, à vingt, trente ou quarante lieues l'un de l'autre. »

Fallait-il assimiler à l'absence l'emprisonnement des deux époux dans des lieux séparés, ou l'emprisonnement de l'un d'eux, comme étant un obstacle matériel suffisant à leurs rapprochements conjugaux, et pouvant motiver le désaveu ? Au moyen âge, Beaumanoir assimilait l'emprisonnement du mari au cas où il était « outre mer ou en autres terres estranges[4]. » Mais voici ce que sur ce point Lebrun dit, dans son *Traité des succes-*

[1] Merlin, *Rép.*, v° ETAT, sect. II, § 2, n. 2.
[2] D'Aguesseau, 23e plaidoyer (affaire de Vinantes), *Œuvres*, t. II, p. 542.
[3] V° ETAT (Question d'), § 1, n. 6.
[4] *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 14, éd. Beugnot, t. I, p. 285.

sions [1] : « L'un ou l'autre des époux étant en prison, on présuppose que l'amour conjugal s'est fait jour et a vaincu tous les obstacles, qui ne sont pas naturellement invincibles : ce que j'ai vu juger à l'occasion d'une femme accusée d'adultère, qui devint grosse pendant sa prison, et cela sur le simple certificat d'un garçon geôlier, qui attestait que le mari lui avait rendu visite. »

L'impuissance du mari, qui constituait la seconde cause de désaveu, pouvait être, selon d'Aguesseau, perpétuelle ou passagère. On ne distinguait point, comme l'ont fait les rédacteurs du Code Napoléon, entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle. Elle pouvait donc être alléguée, soit qu'elle résultât de la constitution physiologique de la personne, soit qu'elle eût été produite par une maladie ou un accident quelconque. Au surplus, les juges se montraient rigoureux sur l'administration de la preuve. « Il faut, dit Lebrun [2], que la maladie soit telle qu'elle produise une impossibilité physique et morale, car autrement on présume volontiers, pour l'honneur des femmes, et l'on présuppose que la nature a fait un effort dans la personne du mari malade... J'ai vu, ajoute-t-il, rendre sur ces principes un arrêt à la Tournelle, le samedi 26 janvier 1664, par lequel, sans avoir égard à l'interrogatoire d'une mère, dans lequel elle avait reconnu son adultère, et que l'enfant dont il était question n'était pas de son mari qui, d'ailleurs, était un vieillard de soixante et dix ans, accablé de maladies, on confirma l'état de l'enfant [3]. »

D'Aguesseau, s'appuyant sur une interprétation erronée de la loi 6, ff., *De his qui sui vel alieni juris*, ne reconnaissait que ces deux premières causes de désaveu, « la loi, disait-il, n'en écoute point d'autre, et il est évident qu'il est même impossible d'en feindre d'autre, puisque, tant que l'absence ou aucun obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari ne soit pas le véritable père [4]. »

[1] Liv. I, chap. IV, sect. II, n. 3.

[2] *Traité des successions*, liv. I, chap. IV, sect. II, n. 3 et 7.

[3] Beaumanoir décidait que l'allégation de l'impuissance du mari ne devait plus être reçue après la mort de celui-ci. *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 15, édition Beugnot, t. I, p. 286.

[4] 34e plaidoyer, *Œuvres*, t. II, p. 542.

Cependant la séparation de corps prononcée entre les époux, ou même la simple demande de séparation, fut admise par un arrêt du Parlement de Paris, du 1er décembre 1701, rapporté au *Journal des audiences*[1]. Cet arrêt déclara illégitimes trois enfants nés d'une femme contre laquelle son mari avait obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère. Il est vrai qu'alors les femmes convaincues ou simplement accusées d'adultère étaient *authentiquées*, c'est-à-dire enfermées dans un couvent ou dans une prison. Mais on a vu que, dans l'opinion de Lebrun du moins, cette circonstance ne pouvait pas motiver le désaveu. Si l'on décide différemment dans le cas où la femme était ainsi authentiquée, c'est qu'on pense avec raison que le fait de la demande en séparation formée par le mari devrait faire écarter la supposition de ces rapprochements furtifs dont parle Lebrun. — Il faut reconnaître, du reste, qu'il n'apparaît point de décisions semblables pour le cas où, la séparation ayant été demandée par la femme, celle-ci n'était point séquestrée, et que l'on ne trouve nulle part le désaveu pour cause de séparation de corps formulé en principe doctrinal, dans le dernier état de notre ancien droit [2].

La jurisprudence alla plus loin encore en s'écartant de la doctrine de d'Aguesseau. Des auteurs soutinrent, et des arrêts décidèrent que l'*impossibilité morale* pouvait être admise comme cause de désaveu. Il y eut, sur ce point, une vive controverse, dont il n'est pas sans intérêt de rapporter ici les résultats.

L'avocat général de Saint-Fargeau se fit le champion de cette cause dans son plaidoyer du 13 mars 1758, dont nous avons déjà rapporté des fragments. Il l'appuyait très-logiquement sur le principe admis par lui, que la présomption de paternité doit toujours céder à l'évidence. « L'impossibilité morale, disait-il, forme une seconde classe d'exceptions. Elle résulte du concours des faits, des circonstances, en un mot, de tout l'ensemble d'une cause qui prouve qu'il est moralement impossible, *ex communi hominum more*, que le mari soit le père ; c'est la réunion

[1] T. V, p. 152 et suiv.

[2] Du temps de Beaumanoir, la séparation de corps prononcée faisait cesser la présomption de paternité : « Se le feme a eu enfans puis le des- « soivrement (la séparation), il sont bastart. » *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XVIII, n. 6, édition Beugnot, t. I, p. 280.

de mille particularités, qui peuvent varier à l'infini, qui la produit, et rien n'est plus critique que de déterminer des cas où il la faut reconnaître. » — Les auteurs du Nouveau Denizart en proposent un exemple : « Supposons un homme resté à l'Hôtel-Dieu, malade pendant une année entière ; il a eu une maladie grave pendant huit mois ; sa femme est venue souvent le voir. Après sa sortie de l'Hôtel-Dieu, sa femme s'absente avec son amant, accouche au bout de cinq mois secrètement et à l'insu de son mari auquel elle a toujours celé sa grossesse, — fait baptiser l'enfant comme né de père et mère inconnus, — n'en prend aucun soin, le place aux Enfants trouvés. Ne pourrait-on pas dire que, dans ces circonstances, il y a une impossibilité morale bien marquée [1] ? »

Le même magistrat proposait aussi, comme l'avait fait avant lui l'avocat général Gilbert dans l'affaire de la demoiselle de Choiseul, d'admettre le désaveu fondé sur l'indivisibilité du titre, décision applicable au cas où les preuves rapportées par celui qui se prétend le fils des deux époux établissent bien qu'il est le fils de la mère qu'il réclame, mais tendent à démontrer en même temps que le mari de cette femme ne peut pas être son père. — Mais les auteurs du Nouveau Denizart montrent très-bien qu'il est inutile de faire de cette hypothèse un nouveau cas de désaveu, puisque l'impossibilité de paternité résultant des preuves invoquées est nécessairement une impossibilité physique ou une impossibilité morale [2].

Le désaveu fondé sur l'impossibilité morale avait été repoussé en 1693, dans l'affaire de Vinantes, par le Parlement de Paris, sur les conclusions de d'Aguesseau, malgré les circonstances favorables de cette affaire, où le mari alléguait, outre son absence temporaire, l'adultère de sa femme, le recel de la grossesse et la clandestinité de l'accouchement, l'aveu de la femme, et la reconnaissance de l'enfant par son amant. — Le même Parlement abandonna ensuite cette doctrine, et admit celle de Saint-Fargeau par trois arrêts des 31 mai 1745, 11 juin et 2 août 1779, rendus conformément aux conclusions du procureur général Joly de Fleury et de l'avocat général Séguier ; et

[1] Nouveau Denizart, v° ETAT (Question d'), § 1, n. 7.
[2] *Ibid.*, § 1, n.§8.

le Parlement de Rouen jugea dans le même sens le 12 août 1779 [1]. Il est à remarquer que, dans les espèces des deux derniers de ces arrêts, le mari désavouait un enfant qui recherchait sa filiation sans pouvoir invoquer un acte de naissance ou la possession d'état : l'incertitude qui planait sur la maternité elle-même, à l'origine du procès, rendait la paternité moins vraisemblable. C'est à la jurisprudence de ces deux arrêts qu'a été empruntée la règle de l'article 325 du Code Napoléon.

LOUIS AMIABLE,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

[1] Nouveau Denizart, v° ETAT (Question d'), § 7, n. 6, 11 et 12.

DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET PRIVÉ

EN EGYPTE

Lorsque le justiciable européen besoin une affaire en
les pays soumis à la Porte Ottomane, il est frappé d'un
bord singulier dont, au premier abord, il cherche vainement
l'explication. Il voit un État souverain ayant ses législateurs
propres, un État reconnu par toutes les autres puissances avec
lesquelles il contracte des alliances et conclut des traités, et ne
saisit jamais qu'il y trouve des tribunaux investis en son nom
d'une juridiction étendue que n'ont les tribunaux dans tout pays,
et qui exercent uniquement de nations différentes sur lesquels
les lois et autorités locales n'ont aucun droit à exercer.

Pour se rendre compte d'un pareil fait, il est inutile de remonter aux premiers âges du droit international public ou privé, successivement admis en Europe, on doit à chaque instant constater la variation des principes les plus élémentaires de notre société, et cette recherche serait peut-être difficile à donner comme on doit rendre logique à quoi bon s'en servirait s'élever.

Faudra-t-il se tenir dans un fait qu'on peut constater aujourd'hui, comparer, et conséquemment subordonner aux lois de la force, ou bien devra-t-il prendre de ces documents une raison d'être, de les soumettre à des règles certaines et rationnelles que l'observation du droit international en commence à l'égal de tous les peuples qui déjà reconnus et constatés dans leurs rapports entre elles?

Quoiqu'il soit facilement l'importance de pareilles particularités comparatives à ceux qui veulent à la science d'ensemble du droit international, tout portés que peut, réglées les relations de l'Europe avec la Porte Ottomane, et la nature de ce droit, les uns pensent qu'en présence des progrès accomplis de la civilisation en Orient même, il serait bon de soustraire de plus en plus les actes de nature, en ce sens que ne peuvent appliquer par d'autres arguments que ceux de la force ; mais en

même temps il est difficile de trouver un guide sûr en pareille matière dans les auteurs qui jusqu'à ce jour ont traité du droit international, parce qu'aucun, nous le croyons du moins, ne s'est occupé à déterminer quels doivent être les principes à suivre dans des recherches de cette nature, relativement aux nations ottomanes.

On supposera peut-être qu'il serait possible de trouver des indications suffisantes dans le texte des traités conclus par la Porte Ottomane avec les diverses puissances européennes, et c'est bien là en effet qu'il faut chercher son point de départ pour arriver à établir les règles à suivre. Mais outre que les dispositions de ces traités sont incomplètes, puisqu'elles ont trait surtout au droit international public et ne s'occupent qu'accidentellement de certains cas du droit international privé, on doit encore observer qu'une pratique constante a profondément modifié ces dispositions en dérogeant à un grand nombre des stipulations qui y sont contenues. Mais d'un autre côté, il faut considérer qu'alors même qu'on eût trouvé dans ces traités des indications suffisantes pour donner la solution de tous les cas imaginables qui peuvent se présenter, il resterait toujours à satisfaire un besoin urgent, en coordonnant ces indications pour en faire un système, afin d'avoir un droit international applicable aux relations de la Porte Ottomane avec les États européens.

Ce besoin dont nous parlons paraîtra plus pressant encore si l'on réfléchit au développement croissant du commerce levantin, et aux proportions que commence à prendre l'émigration européenne dans les pays soumis à la Porte, et surtout en Egypte. Là, toutes les nations de l'Europe et quelques États de l'Amérique sont convenablement représentés, et les consulats ont une importance extraordinaire vu le nombre des nationaux qu'ils couvrent de leur protection, et grâce aussi à l'étendue des attributions confiées aux consuls.

Mais nous sommes également d'avis qu'il serait extrêmement difficile de constituer une pareille théorie. Si, comme a fait observer Schæffner[1], alors même qu'il s'agit du droit international européen, personne n'est parvenu à fixer certaines propositions de manière à en tirer une décision satisfaisante pour tous les cas

[1] Schæffner, *Droit international privé*, § 16.

possibles de collision, il est clair que ces impossibilités doivent surgir à plus forte raison lorsqu'on veut ramener à une théorie les règlements qui déterminent les rapports internationaux entre la Porte et les puissances européennes. Les diverses puissances de l'Europe sont unies par une certaine communion d'idées et de vérités fondamentales, et l'on peut dire que dans toute l'Europe et dans les États fondés par elle au dehors, il y a une civilisation identique et un égal degré de culture, grâce à l'analogie des principes adoptés par les diverses nations qui la composent. Il résulte de là qu'on pouvait facilement fixer à l'usage de ces nations diverses maximes qui, respectées de toutes, servissent de base à une théorie commune de droit international. Il n'en est pas ainsi lorsqu'on pénètre dans ce monde musulman qui, jusqu'à ces derniers temps, s'était entièrement isolé des autres nations, et où l'on voit régner un genre de civilisation et de culture fort différent de celui qui domine en Europe, si bien qu'un droit réciproque et nécessaire, en tant que fondé sur des principes identiques, était impossible à établir entre deux sociétés aussi dissemblables.

Cette difficulté d'édifier une théorie complète du droit international existant entre les nations européennes et les nations musulmanes ne doit pas nous détourner de notre tentative de mettre en relief quelques règles principales, et de les coordonner de façon qu'elles puissent servir de point de départ pour la décision des questions multiples que peuvent présenter les rapports diplomatiques.

Qu'il existe un droit international entre la Porte et les nations européennes, c'est un fait indubitable ; puisque, selon Fœlix[1], le droit international n'est pas autre chose que l'ensemble des principes admis par les nations indépendantes pour régler les rapports qui existent ou peuvent se former entre elles, et pour trancher les conflits occasionnés par les lois et les usages différents qui régissent ces nations. Il est également indubitable que, lorsqu'il s'agit de déterminer les rapports des Etats musulmans avec les nations européennes, on invoque sans cesse les principes et les règles, et l'on se garde soigneusement de tous procédés arbitraires et capricieux. Ce droit international,

[1] Fœlix, *Droit international privé*, § 1.

tout aussi bien que celui qui est en vigueur parmi les nations européennes, peut se diviser en droit public et en droit privé; entendant par droit international public, entre la Porte Ottomane et les nations européennes, celui qui règle les rapports des diverses parties considérées comme corps politiques et comme nations; et par droit international privé, l'ensemble des règles aux termes desquelles on doit décider les cas de conflit qui peuvent surgir dans l'exercice de leur droit privé, ou, en d'autres termes, ce qui doit fixer les règles d'application des lois civiles et criminelles de l'une d'entre elles sur le territoire de l'autre.

Quoi qu'il en soit, un pareil droit international ne saurait, en aucune façon, ainsi que nous l'avons déjà dit, se confondre avec celui qui régit les nations de l'Europe, et que, pour cette raison, on nomme européen[1], et c'est en vain qu'on y chercherait les règles et les principes à invoquer pour fixer les relations entre les peuples ottomans et chrétiens. La loi internationale qu'acceptent ces derniers est rejetée par les autres[2], et pendant que les nations européennes basent cette loi moins sur les traités que sur les données de la science, éclairée par les principes de la philosophie et du droit, principes pour lesquels les auteurs professent un égal respect, les relations de la Porte Ottomane et des États chrétiens sont fondées uniquement sur les convenances politiques et sur les conventions de la diplomatie[3]. Un grand rapprochement s'est, il est vrai, opéré dans ces derniers temps entre ces divers peuples, et la Porte a, dans la pratique, adopté un grand nombre de principes du droit européen, ce qui a entraîné une modification tacite aux traités antérieurement stipulés. La distance qui sépare la Porte des nations européennes est néanmoins fort grande encore, ainsi que nous aurons souvent l'occasion de le répéter dans le cours de cette dissertation.

Les considérations précédentes nous ouvrent la voie pour arriver à établir les sources du droit international entre la Porte et les États européens. S'il a pour fondement principal les conventions diplomatiques, chacun voit qu'il en faudra, de préfé-

[1] Heffter, *Droit international public*, § 1.
[2] Martens, *Précis du droit des gens*, introduction, § 9.
[3] Heffter, *op. cit.*, § 7. — Martens, *op. cit.*, § 8, *in not.*

rence, rechercher l'origine dans les traités conclus par la Porte avec les diverses puissances. Nous avons remarqué en outre que les relations de la Porte avec l'Europe reposent moins sur les principes du droit naturel que sur les convenances politiques. En conséquence, on doit reconnaître une autre source très-importante du droit qui nous occupe dans les usages qui ont été tacitement adoptés en Orient, et dans les réformes récemment introduites en pays ottoman, c'est-à-dire le tanzimat de 1839 et le hatti-chérif de 1856.

Guidé par ces observations, il ne serait pas impossible d'atteindre le but désiré, en déterminant une théorie sinon complète, du moins assez étendue, du droit international ottoman, soit public, soit privé.

Mais l'utilité qu'on pourrait retirer d'une théorie de droit international public des Ottomans serait des plus faibles, soit parce que la position actuelle de la Porte ne lui permet pas de soutenir en face de l'Europe certaines maximes auxquelles elle n'eût pas renoncé autrefois; soit parce qu'elle tend chaque jour davantage à entrer dans le concert européen et à s'approprier les principes du droit international de l'Europe.

Ce gouvernement a déjà fait un pas considérable dans cette direction, en intervenant au congrès de Paris et en souscrivant, comme les autres puissances, au traité du 30 mars 1856. Ainsi, tandis qu'aux termes de l'antique droit public musulman, il eût été interdit au Sultan de conclure une paix perpétuelle avec les princes chrétiens, et qu'il n'eût pu s'engager que par une trêve temporaire[1]; ce qui fait que les conventions de la Porte sont désignées sous le titre de *capitulations*, et non sous celui de *traités*[2], l'article 1er du traité de Paris stipule expressément une paix perpétuelle. Nous voyons pareillement que si autrefois la Porte ne se considérait pas comme liée par les traités, et refusait d'entretenir des légations près les cours européennes[3], elle accrédite maintenant des ambassadeurs et reconnaît la force obligatoire des conventions diplomatiques. Ces concessions sont significatives, et tout porte à croire que la Porte se mettra promptement,

[1] Relant, *Institutes de droit musulman relatives à la guerre sainte* (trad. Solvet), p. 34.

[2] Cussy, *Dictionnaire du diplomate et du consul*, au mot CAPITULATIONS.

[3] Mably, *Le droit public*, chap. V.

sous ce rapport, au niveau des puissances européennes et sortira de son isolement.

La détermination d'une théorie du droit international privé des Ottomans offrirait, au contraire, un fort grand intérêt, puisque, en ce qui touche à cette législation, aucune modification dans le sens européen ne s'est encore produite dans les pays soumis à la Porte Ottomane, et qu'on peut même dire que la distance s'est augmentée entre ce droit et celui qui a prévalu chez nous, depuis qu'en Orient la tolérance dont jouissent les étrangers est devenue plus grande. Il ne faut pas non plus se dissimuler qu'il devra s'écouler un long espace de temps avant que ce droit international privé ottoman s'assimile à celui de l'Europe, et cela pour deux raisons : 1° parce qu'il est évident que l'assimilation complète du droit public doit précéder celle du droit privé ; 2° parce qu'un changement radical dans le droit privé ne saurait provenir que d'un changement analogue dans l'état de culture et de civilisation des Ottomans, qui ne peuvent encore donner d'assez amples garanties de réciprocité aux peuples qui se trouvent en rapport avec eux, et, malgré les efforts de princes sages et éclairés, on ne peut guère espérer que ce progrès s'accomplisse d'ici à un petit nombre d'années.

Une autre circonstance peut aussi servir à prouver l'utilité de cette théorie de droit ottoman privé. C'est que tous les jours l'application en est réclamée par l'extension des rapports commerciaux avec les Européens qui vont, en si grand nombre, se fixer dans les Échelles du Levant. Des contestations surgissent continuellement, soit entre Européen et indigène, soit d'Européen à Européen, à propos de chacune desquelles naissent des dissentiments, soit sur la loi à appliquer, soit sur le choix d'un tribunal compétent. Les tribunaux qui, en pareil cas, sont appelés à exercer leur juridiction, sont d'ailleurs innombrables et appartiennent aux nations les plus diverses, tandis que, d'autre part, non-seulement les tribunaux du lieu, mais encore les tribunaux consulaires, ont une juridiction, soit contentieuse, soit volontaire, dans les pays soumis à la Porte Ottomane, et rendent la justice à côté des tribunaux musulmans, dont ils possèdent tous les droits.

Une pareille organisation donne nécessairement lieu à des conflits fréquents, qu'on ne peut trancher qu'en s'appuyant sur

les principes du droit international privé, lequel a précisément pour but de mettre un terme aux disputes qui peuvent naître du choc de tant de législations différentes.

Mais pour édifier une théorie de droit international privé, il faut prendre pour point de départ quelques principes de droit public international relatifs au conflit des lois privées, et, dans les recherches actuelles, ceux qui fixent la position légale et juridique des étrangers établis en pays ottoman. C'est ce que je me propose de faire; car cette position légale une fois déterminée, il sera possible, je le crois, d'en déduire en toute sécurité la théorie du droit international privé dans la plus grande partie de ses conséquences et de ses applications.

C'est en Égypte que je transporterai le siége de mes investigations. Ce pays, bien que tributaire de la Porte Ottomane, a, en effet, une existence propre et des institutions qui lui assignent une place à part parmi les régions vassales du Sultan, vu les attributions étendues qui ont été concédées au vice-roi qui la gouverne. Il résulte de cette situation particulière faite à l'Égypte que le droit international privé qu'on y voit en vigueur s'éloigne, en bien des points, de celui qui est admis dans d'autres portions du monde musulman, et ne saurait même s'appliquer indistinctement à toutes les Échelles du Levant.

S'il nous faut maintenant rechercher la position légale des étrangers établis en Égypte, et la définir scientifiquement, je crois qu'on peut les classer en deux grandes catégories : les étrangers revêtus d'un caractère diplomatique et les étrangers qui appartiennent à la condition privée. Et comme nos recherches ne s'étendent pas au delà de l'Égypte, les personnes revêtues d'un caractère diplomatique ne devront former qu'une seule classe, celle des consuls accrédités par les puissances européennes près le gouvernement égyptien.

Parmi les agents diplomatiques, les consuls européens qui résident dans les Échelles du Levant constituent une classe à part, essentiellement différente de celle des consuls à résidence européenne. On peut dire qu'il y a autant de différence entre les attributions des uns et des autres qu'entre l'institution du consulat telle qu'elle existait au moyen âge et celle que nous voyons fonctionner de nos jours. Au moyen âge, l'état de barbarie dans lequel les peuples étaient plongés, leurs rivalités réciproques,

et la mauvaise foi qui mettait obstacle à l'exécution des traités, toutes ces circonstances faisaient aux gouvernements une loi d'obliger leurs nationaux à se grouper en corps de nations dans les grandes places maritimes, à se parquer dans des quartiers distincts, sous l'autorité de leurs consuls, qui jugeaient leurs différends, en se conformant à la législation de la mère-patrie. Cette organisation était adoptée au moyen âge, non-seulement en pays musulman, mais encore dans les pays chrétiens, et l'on peut dire qu'elle était devenue d'un usage général sur les bords de la Méditerranée, où le commerce avait atteint son plus grand développement. Aussi est-il inutile d'ajouter que la dignité de consul était entourée d'une immense considération et recherchée par les personnages les plus marquants des nations commerçantes. Cet ordre de choses ne fut modifié qu'au seizième siècle, lorsque le droit des gens commença à s'établir sur des bases certaines, et que les États européens s'habituèrent à le respecter. On vit alors dans notre continent le commerce des étrangers soumis aux lois et aux tribunaux du lieu, et l'on ne tarda pas à considérer comme un attentat à la souveraineté territoriale toute juridiction autre que celle des tribunaux indigènes. Ce changement d'usage était d'autant plus légitime que l'établissement de missions diplomatiques régulières assurait au commerce de précieuses garanties et rendait inutile l'antique réglementation. De toutes ces circonstances sont résultées de graves modifications dans l'institution consulaire du moyen âge, et, dans l'Europe actuelle, le droit international public n'envisage plus les consuls que comme de simples agents chargés d'assurer à leurs compatriotes une protection indirecte, et qui, sauf quelques attributions fort limitées en matière de police, n'ont plus rien conservé de leur puissance d'autrefois; c'est au point qu'on en est venu à se demander s'ils peuvent être considérés comme des agents diplomatiques de troisième ordre, et si, en cette qualité, ils participent à la protection du droit des gens. On peut citer de graves écrivains de droit public, tels que Vattel, et autres, qui tiennent pour la négative.

Mais si l'institution consulaire a subi en Europe d'importantes variations, elle a conservé dans les États musulmans son caractère antique; on peut même dire qu'elle s'est fortifiée de toutes les concessions et de tous les priviléges nouveaux qui ont été ac-

cordés aux consuls. En effet, outre les traités stipulés avec la Porte-Ottomane, lesquels étaient déjà si favorables aux agents étrangers en résidence dans les Échelles du Levant, une pratique constante, qui a pacifiquement prévalu, a donné à leurs droits une telle extension, qu'il serait difficile de rien imaginer au delà. Nous croyons devoir exposer en peu de mots la situation des consuls dans les Échelles du Levant, et spécialement en Égypte, puisque de la détermination de ce point de droit public international dépendent, en grande partie, les règles qui doivent nous guider pour fixer la situation juridique des autres Européens qui résident dans les mêmes contrées.

Les consuls européens accrédités près la Porte Ottomane et les pays tributaires sont considérés comme des ministres publics; ils jouissent des prérogatives des ambassadeurs, et, en cette qualité, ils reçoivent du Grand-Seigneur un diplôme d'investiture, dans lequel ils sont désignés sous le titre de *balios-bey*[1]. En vertu de ces prérogatives, leur maison devient comme un asile inviolable contre les lois et les autorités du pays; ils sont exempts de toute taxe douanière; ils ne peuvent être arrêtés ni jugés par les fonctionnaires musulmans, et ont le droit d'accorder des lettres de protection, non-seulement aux individus immédiatement attachés à leur personne, mais à qui bon leur semble. Encore faut-il ajouter qu'ils jouissent de ces droits d'une façon bien plus complète que les divers membres de la diplomatie européenne[2]. De ce que nous venons de dire il résulte assez manifestement qu'en Orient, en général, et en Égypte, en particulier, les consuls sont en possession de tous les droits fondamentaux que le droit public concède aux ministres étrangers, c'est-à-dire l'*inviolabilité personnelle*, *l'exemption de la juridiction locale* et les droits honorifiques attachés au cérémonial diplomatique. Par suite de cette dernière prérogative, les consuls, ainsi que leurs familles et leurs employés ou domestiques de toute sorte,

[1] Ce titre fut accordé d'abord à l'ambassadeur de Venise à Constantinople, qu'on appelait *Bailo*; ce nom, grâce à une légère altération, fut transformé en celui de *Balio*, auquel les Turcs ont aussi donné la signification honorifique de *Bey*. La qualification de *Balios-Bey* est maintenant commune à tous les envoyés européens accrédités près la Porte Ottomane.

[2] Ferdinand de Cussy, *Règlements-consul.*, § 9. — Martens, *Précis du droit des gens*, § 221.

ainsi que leur maison et tout le mobilier qu'elle contient, sont considérés comme placés en dehors du territoire de l'État, et ne sont passibles d'aucune action civile ou criminelle intentée pardevant les tribunaux du lieu par le gouvernement ou les particuliers.

Des mêmes principes découle, pour le consul, le droit du culte privé ou domestique, c'est-à-dire la faculté d'avoir une chapelle dans sa maison, et d'y réunir tous ceux qui pratiquent sa religion.

Ces prérogatives des consuls établis dans les Échelles du Levant sont communes aux ministres en général ; mais les consuls ont en plus la juridiction, soit civile, soit criminelle, sur leurs compatriotes, qui, sous aucun prétexte, ne sauraient être traduits devant les tribunaux du lieu. A n'envisager que le texte des traités, la juridiction criminelle serait refusée aux consuls lorsqu'il s'agirait d'un délit commis par des Européens au préjudice de musulmans, et leur incompétence serait la même au cas de contestation entre Européens et indigènes [1]. Mais un usage en sens contraire a prévalu depuis longues années, et il est aujourd'hui admis sans conteste que l'indigène doit aller devant le tribunal de l'Européen défendeur, c'est-à-dire le tribunal du consul. Dans l'exercice de la juridiction criminelle, les consuls français du Levant (et nous en pouvons dire autant de tous leurs collègues, puisque les stipulations conclues entre la Porte et les puissances européennes diffèrent peu les unes des autres), les consuls français ont la faculté de juger les contraventions et les délits ; quant aux crimes, ils se bornent à en faire l'instruction et renvoient les prévenus et le procès devant la Cour d'Aix [2]. Dans l'exercice de la juridiction civile, ils ont toutes les attributions des juges de paix, des tribunaux de première instance et des tribunaux de commerce. On voit par là qu'ils sont compétents, quelle que soit la valeur de la somme ou la nature du différend. Il en est de même des consuls italiens et autrichiens. D'autres nations accordent à leurs consulats généraux une latitude de juridiction plus grande encore, puisque les sentences prononcées en première instance par les consuls sont

[1] Capitulation de 1720 avec la France, art. 28 et 41.

[2] Moreuil, *Manuel des agents consulaires*, tit. II, chap. I, § 2.

portées en appel devant le consul général, qui, assisté de quatre assesseurs, représente une Cour suprême.

En dernière analyse, les consuls européens du Levant possèdent, en outre des attributions de police, une juridiction volontaire des plus étendues en ce qui concerne les tutelles, les conseils de famille, les autorisations de femmes mariées, les adoptions et les mesures conservatrices pour les biens des absents; ils gardent en dépôt les actes de l'état civil, délivrent des certificats de vie, légalisent les documents émis par les autorités locales; exercent les fonctions de notaires, soit pour les actes authentiques, soit pour la reconnaissance des signatures dans les actes privés; ils reçoivent les testaments sous toutes leurs formes; ils ont de fréquents rapports avec la marine marchande, et enfin ils apposent leur *visa* sur les passe-ports [1].

De ce court exposé des attributions consulaires, ressort clairement l'importance d'une institution destinée à suppléer à tant d'administrations distinctes et constituées en Europe sur la plus vaste échelle. Nous avons vu, en effet, que le consul levantin était à la fois ambassadeur, notaire, préfet de police, directeur du bureau de bienfaisance, maire et juge en matière criminelle, civile et commerciale.

Il serait difficile de réunir sur une seule tête un plus grand nombre d'attributions, et l'on a peine à concevoir qu'un seul homme, quelque intelligent qu'on veuille le supposer, puisse suffire à l'administration compliquée de ces importantes colonies qu'on a vues se former récemment en Égypte et sur d'autres points du Levant. Peut-être les gouvernements européens n'ont-ils pas tous apprécié l'importance de leurs consulats en Orient; ils semblent pourtant se préoccuper davantage de la nécessité de réorganiser cette institution, en lui donnant, en Égypte surtout, un développement rigoureusement réclamé par les circonstances.

Après avoir défini la situation juridique des consuls levantins, telle qu'elle est aux termes du droit public international, j'en viens à déterminer celle des Européens qui résident dans le Levant sans être revêtus d'un caractère public.

Si, pour atteindre notre but, nous voulions recourir aux prin-

[1] Féraud-Giraud, *De la juridiction française dans les Échelles*, part. III, § 3.

cipes du droit international européen, nous arriverions aux résultats suivants : les étrangers qui résident dans un État indépendant jouissent de la protection de ses lois, mais ils doivent leur être soumis en tout ce qui touche aux prescriptions pénales et aux règlements de police; ils relèvent en outre de la loi civile pour un grand nombre d'actes de la vie privée, et reconnaissent la juridiction des tribunaux du lieu [1]. Il suit de là que, sous certains rapports, les étrangers sont considérés comme sujets du souverain dans l'État duquel ils résident. (*Subditi secundum quid.*)

Il n'en est pas de même des étrangers qui résident en Egypte; ils ne peuvent, à aucun titre, être réputés *subditi secundum quid*, car ils ne sont soumis en rien aux lois civiles et pénales de l'État et sont complétement indépendants de toute juridiction locale.

Comment pourrons-nous définir leur situation juridique aux termes de la science du droit international, et en tirer un principe général et scientifique qui serve de critérium et de point de départ pour résoudre les conflits qui doivent nécessairement surgir entre les lois territoriales du pays ottoman où résident les Européens et la législation de leur patrie?

Si nous parvenons à découvrir une pareille définition scientifique, nous aurons, croyons-nous, une base solide pour édifier la théorie de droit international privé à laquelle on devra se reporter dans les pays soumis à la Porte, soit pour régler les différends qui peuvent s'élever entre Européens et musulmans, soit pour mettre d'accord les Européens entre eux.

Il est possible, je le crois, d'arriver à cette définition, et ce que nous avons déjà dit nous aidera à en découvrir la formule.

Dans le droit public international, il existe une fiction légale en vertu de laquelle un homme est censé n'avoir jamais abandonné sa patrie, bien qu'il ait transporté ailleurs sa résidence et élu domicile à l'étranger. Cette fiction de droit se nomme *exterritorialité* [2], et le droit public l'applique aux diplomates accrédités près les cours étrangères.

Les Romains admettaient en quelque manière cette fiction, qu'ils qualifiaient ainsi : *Jus domum revocandi*, et ils reconnais-

[1] Heffter, *Droit international public*, § 62.

[2] Martens, *Précis du droit des gens*, § 215, *in notâ*.

saient aux envoyés provinciaux qui se rendaient à Rome le droit de décliner la compétence des tribunaux de cette ville, et celui d'être jugés par les tribunaux de leur pays natal en matière civile et criminelle [1].

Or, nous croyons que cette fiction de droit doit s'appliquer aux Européens fixés en Égypte, dans leurs rapports avec le gouvernement du pays, en tant qu'ils jouissent de tous les priviléges compris dans cette expression d'*exterritorialité*. Pour nous convaincre de cette vérité, il suffit d'examiner la situation qu'ont faite aux Européens établis en Égypte les coutumes et les traités stipulés avec la Porte, et de la mettre en parallèle avec les prérogatives qui accompagnent l'*exterritorialité*, telle qu'elle est reconnue par le droit public international.

La fiction de droit désignée sous le nom d'*exterritorialité*, consiste en ceci, dit Grotius [2], que par exception au principe général en vertu duquel quiconque habite sur le territoire d'autrui est soumis aux lois de ce territoire, il y a des personnes qui sont réputées n'habiter point le pays dans lequel elles résident, et qui, en conséquence, ne sont point soumises à ses lois.

C'est là précisément le cas où se trouvent les Européens établis en Egypte, puisqu'en dépit de leur résidence, ils ne sont point soumis aux lois du pays, et sont uniquement régis par la législation de la mère patrie, en sorte qu'au point de vue juridique, on peut les considérer comme vivant en dehors du territoire égyptien. Ils sont en conséquence entièrement exempts de la juridiction locale, et ne peuvent être traduits que devant les autorités consulaires, ce dont il est facile de s'assurer en se reportant à l'énumération que nous avons faite des immenses attributions des consuls européens dans les Échelles du Levant. L'étendue de ces attributions est une nouvelle preuve de l'indé-

1 Heffter, *Droit international public*, p. 205.

2 Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. XVIII, § 4 : « Quare omnino « ita censeo placuisse gentibus, ut communis mos, qui quemvis in alieno « territorio existentem, ejus loci territorio subjicit, exceptionem pateretur « in legatis, ut qui sicut fictione quadam habentur pro personis mittentium; « ita etiam fictione simili constituerentur quasi *extra territorium*, unde et « civili jure populi ad quem vivunt non tenentur. . » Et dans la note 25 : « ...Haberentur et considerarentur quasi non habitarent nobiscum neque « in finibus nostri territorii essent. »

pendance des Européens à l'égard de la souveraineté et de la législation locales, puisqu'à défaut de cette indépendance, l'exercice de pareilles attributions deviendrait impossible. Nous allons maintenant énumérer d'une façon sommaire les prérogatives comprises sous le terme d'*exterritorialité*, pour montrer qu'aucune d'elles ne manque aux Européens qui résident en Égypte, qu'ils les tiennent des traités ou tout simplement de l'usage.

I. Une première conséquence de l'*exterritorialité* assure à celui qui en jouit le droit de ne point suivre les lois du pays où il se trouve, en ce qui touche à la forme des actes relatifs à sa personne et à ses biens[1]. Or, les Européens fixés en Egypte sont parfaitement indépendants de la législation locale, et ils s'en tiennent pour la forme des actes aux lois de leur pays[2].

II. Aucune action ne peut être intentée contre un Européen devant les tribunaux du pays, et l'autorité locale ne peut procéder à son arrestation, ni mettre ses biens sous le séquestre ; de plus, sa maison est inviolable et, comme celle d'un ambassadeur, est réputée située en dehors de l'Etat. Ce sont là autant de priviléges renfermés dans ce terme d'*exterritorialité*, et dont jouissent les agents diplomatiques[3]. Dans tous les cas, l'Européen ne saurait être poursuivi que par une seule autorité, celle du consul, laquelle, en vertu de ses doubles attributions, est considérée comme étant à la fois politique et judiciaire[4].

3° L'Européen qui réside en Égypte continue d'appartenir à sa patrie ; il y conserve son domicile, qu'il est censé avoir élu au

[1] Fœlix, *Droit international*, liv. II, tit. II, § 240.

[2] Dans la capitulation de 1720 conclue entre la France et la Porte Ottomane, l'article 23 prévoit le cas où un Français se présenterait devant l'autorité locale pour la stipulation des contrats. Cela n'arrive aujourd'hui que lorsqu'il s'agit d'achat ou de vente d'immeubles territoriaux. Tout acte ayant pour but un déplacement dans la propriété immobilière doit être discuté devant un tribunal musulman.

[3] Fœlix, *op. cit.*, 214.

[4] L'article 65 de la capitulation française de 1740 prévoit le cas où un délit ayant été commis par un Européen au préjudice d'un Musulman, la justice locale prendrait connaissance de l'affaire et la jugerait. Mais cette disposition est maintenant tombée en désuétude, et la procédure, aussi bien que la sentence, doivent émaner de l'autorité française. En matière correctionnelle le consul est compétent, et, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit, le consul instruit le procès dont le jugement, nous l'avons dit, est réservé à la Cour impériale d'Aix.

consulat dont il dépend, et c'est le juge de ce domicile qui exerce sur lui une pleine juridiction, et chez lequel s'ouvre sa succession. Toutes ces particularités s'appliquent également aux ministres accrédités à l'étranger [1].

4° De même que pour les ambassadeurs [2], les biens immeubles de l'Européen établi en Égypte sont seuls soumis à la loi du pays. Aussi, lorsqu'il s'agit de payer les impositions foncières, les Européens ne jouissent-ils d'aucun privilége ; il faut pourtant remarquer que si leurs terrains sont taxés, leurs maisons sont en revanche exemptes de toutes contributions.

5° L'Européen est affranchi de la juridiction territoriale de l'empire ottoman aussi bien en matière pénale qu'en matière civile. Bien que dans les capitulations conclues entre la Porte et les puissances européennes, il soit clairement stipulé que l'Européen sera soumis à la juridiction et aux lois pénales, bien qu'à Constantinople cet article des traités reçoive parfois son application, il n'en est pas moins établi maintenant en Égypte qu'un étranger ne saurait être arrêté, si ce n'est en cas de flagrant délit, et encore le coupable devrait-il être remis sur-le-champ au pouvoir de son consul. Si un Européen se rend coupable d'un délit quelconque au préjudice d'un autre Européen ou même d'un Musulman, il devra être jugé et puni d'après les lois de sa patrie [3]. Ces exemptions sont parfaitement identiques à celles dont jouit le ministre public en vertu du principe d'*exterritorialité* [4].

6° L'Européen, quoique affranchi de la juridiction des tribunaux de police, doit pourtant se conformer aux règlements de police en vigueur dans le pays, et qui ont trait au maintien de l'ordre et à la sûreté publique. En cas de contravention, le consul se chargera de lui infliger un châtiment convenable. Le ministre public est tenu également de respecter les règlements de police, bien qu'il ne puisse être l'objet d'aucune répression de la part des autorités locales [5].

[1] Fœlix, *op. cit.*, § 214.

[2] Fœlix, *op. cit.*, § 216.

[3] Nous trouvons une preuve des plus solides de cette assertion dans le *Règlement général concernant la police des étrangers*, du 20 Rabi-Avvel 1274, publié par ordre de S. A. Saïd-Pacha, aujourd'hui vice-roi de l'Égypte.

[4] De Martens, *Guide diplomatique*, chap. v, § 28.

[5] De Martens, *Guide diplomatique, loc. cit.*, § 30.

Comme confirmation et à l'appui de ce que nous venons de dire, nous ajouterons que les Européens établis en Égypte et les envoyés diplomatiques [1] eux-mêmes sont soumis aux règles suivantes :

1° Bien qu'affranchis de la juridiction territoriale, ils ne peuvent décliner la compétence des tribunaux du lieu, lorsque, s'étant présentés devant eux en qualité de demandeurs et ayant obtenu un jugement favorable, le défendeur musulman interjette appel par-devant un tribunal supérieur.

2° La même décision devra être adoptée au cas où, un Européen ayant intenté une action devant les tribunaux du lieu, le défendeur formerait contre lui une demande reconventionnelle.

3° L'équité paraîtrait devoir entraîner des conséquences semblables lorsque l'Européen condamné par un tribunal égyptien est mis en demeure de payer les frais du procès ; il semble même qu'un ambassadeur ne pourrait décliner la compétence du tribunal qui a jugé l'affaire, et devant lequel est portée une nouvelle action en payement de dommages et intérêts. Je crois, pourtant, qu'en Égypte, le privilége de l'Européen est tellemeat étendu, qu'il serait à l'abri de toute exécution non autorisée par le consul, lequel est seul en droit de procéder aux mesures de contrainte.

Les rapports des Européens avec les autorités égyptiennes sont à mon sens clairement exprimés par cette parole d'*exterritorialité*, et je ne veux pas terminer mon exposition sans faire remarquer que si les Européens jouissent de ce droit, ce n'est point au même titre que les ambassadeurs. Ces derniers jouissent de priviléges étendus, non pas tant parce qu'ils représentent leur souverain, que par suite des nécessités de leur situation. lesquelles rendent indispensable l'exercice de pareils priviléges [2]. Si, d'autre part, les Européens qui résident en Égypte participent aux prérogatives de l'*exterritorialité*, ce n'est pas comme héritiers des Vénitiens, des Génois et des autres peuples chrétiens, qui avaient conclu des capitulations avantageuses avec la Porte [3], mais c'est tout simplement parce qu'en dépit de la pro-

[1] Fœlix, *op. cit.*, § 217.

[2] Martens, *Droit des gens*, § 215, et la note de l'édition de 1858.

[3] Borel., *op. cit.*, chap. III, p. 20.

tection du gouvernement, les droits des Européens ne sauraient être garantis contre le fanatisme musulman que par la possession de priviléges exorbitants. Il faut noter en outre que l'absence d'une législation régulière, la difficulté d'acquérir une connaissance suffisante de celle qui existe, le défaut de tribunaux bien constitués, sans lesquels la bonne administration de la justice reste toujours incertaine : toutes ces circonstances rendent impossible dans le Levant l'application aux étrangers du principe des lois territoriales. C'est pour les raisons ci-dessus énumérées et dans l'intérêt du commerce, que les nations européennes ont exigé pour leurs sujets une juridiction particulière, et c'est pour le même motif que les consuls se sont efforcés d'élargir dans la pratique les concessions obtenues, usurpation confirmée par un long et pacifique usage [1].

La différence d'origine du droit d'*exterritorialité*, selon qu'il s'applique aux diplomates ou aux simples particuliers établis en Égypte, pourrait donner à penser que les priviléges accordés aux uns et aux autres diffèrent aussi considérablement en nature et en importance. Il n'en est rien pourtant, car si les motifs du privilége sont dissemblables, on s'est attaché dans les deux cas à poursuivre ce même but : la sécurité entière des personnes investies du droit d'*exterritorialité*. Et d'ailleurs la fiction juridique renfermée dans le dernier mot s'applique avec une exactitude parfaite aux Européens établis en Égypte, lesquels, plus encore que les diplomates, sont affranchis de tout contact avec les lois et le gouvernement du pays.

Je pense donc que le terme d'*exterritorialité* pris dans sa signification la plus étendue est le seul qui puisse servir à qualifier convenablement la situation de l'Européen établi en Égypte, et ce point une fois admis, nous aurons des données certaines qui faciliteront la solution des problèmes qu'il nous reste encore à résoudre.

On pourrait peut-être essayer d'expliquer la situation des Européens en recourant au système des lois personnelles, telles qu'elles existaient au moyen âge en Europe, et spécialement en Italie, sous la domination des Lombards et des Francs. On sait que sous ce régime barbare chacun était soumis aux lois de sa

1 Féraud-Giraud, *op. cit.*, passim.

nation originaire, sans cesser pour cela d'être domicilié dans le même pays, et soumis au même souverain que d'autres hommes régis par des lois différentes [1]. Ce système se perpétua jusqu'au jour où les statuts devinrent territoriaux en rendant impossible la coexistence de lois personnelles. On pourrait alléguer à l'appui de cette thèse le respect que les Turcs ont toujours professé dans les pays conquis par eux pour la législation des vaincus, car c'est grâce à cette tolérance que nous voyons leurs sujets non musulmans, c'est-à-dire les Cophtes, les Arméniens et les Juifs gouvernés par leurs propres lois, et indépendants de toute autre juridiction civile que celle de leurs autorités religieuses [2].

Mais aucun doute n'est possible à cet égard, lorsqu'on réfléchit que le système des lois personnelles impliquait la sujétion au souverain du territoire et n'excluait nullement l'existence simultanée de certaines lois s'appliquant à tous les sujets indistinctement [3]; rien de pareil, au contraire, pour les Européens établis en Égypte, qui sont entièrement affranchis de l'obéissance aux lois qui émanent de l'autorité territoriale.

La législation douanière de l'Egypte n'a point force obligatoire pour les Européens, lesquels jouissent d'un tarif de faveur fixé par les règlements internationaux qui déterminent la quotité des droits d'importation et d'exportation [4]. Ces règlements, à l'exécution desquels on ne tolère aucune infraction, viennent nous fournir une nouvelle preuve du principe d'*exterritorialité* en tant qu'il s'applique aux Européens établis en Egypte ; car, dans les pays où ce principe n'est point admis, la fixation des taxes douanières dépend entièrement de la législation indigène,

[1] Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, chap. III, §§ 34 et suivants.

[2] Hatti-scherif de 1856 : « Les procès civils spéciaux, comme ceux de succession et autres de ce genre entre les sujets d'un même rite chrétien ou autre non-musulman, pourront, à leur demande, être renvoyés par-devant les conseils des patriarches et communautés. »

[3] Savigny, *op. cit.*, § 47.

[4] Quant aux droits de circulation à l'intérieur, on n'a point adopté de temps déterminé; mais les conventions diplomatiques assurent aux Européens le même traitement qu'aux indigènes. C'est donc, ici encore, uniquement en vertu des traités que les étrangers sont assujettis à l'impôt territorial.

et les étrangers obtiennent rarement des priviléges en vertu de conventions diplomatiques. Ces conventions, dans tous les cas, n'auraient qu'un caractère transitoire, tandis que le gouvernement ottoman s'est engagé à tout jamais et d'une façon absolue à ne point augmenter la taxe qui pèse sur les marchandises européennes.

En somme, la situation que la nécessité, les traités et une pratique constante ont faite aux Européens établis en Égypte, se résume dans ce mot : *exterritorialité*. Et à la différence du droit public international commun, dans lequel ce principe d'*exterritorialité* constitue une sorte de privilége dont jouissent fort peu d'individus, le droit public international ottoman se convertit en une prérogative généralement attachée à la personne des Européens. On voit par là combien sont dissemblables ces deux législations qui reposent sur des principes essentiellement opposés. L'une, prenant pour point de départ l'indépendance et l'autonomie des États, en tire la conséquence que les étrangers doivent à divers égards être considérés comme sujets du souverain sur le territoire duquel ils résident momentanément, tandis que l'autre admet la complète indépendance de ces mêmes étrangers au préjudice de l'Etat dans lequel ils ont fixé leur résidence.

De ce droit d'*exterritorialité* des Européens établis en Égypte devront découler nécessairement les rapports légaux des Européens, soit entre eux, soit avec les indigènes, puisque c'est sous ce double aspect que le conflit des lois privées peut se manifester. Lorsque des Européens, appartenant à diverses nationalités, portent leur contestation devant un tribunal consulaire, il faut rechercher dès l'abord quelle est celle des deux législations que l'on doit appliquer ; de même, s'il s'agit d'un procès entre un Européen et un indigène, soit que les plaideurs se présentent devant un tribunal consulaire ou devant un tribunal local, il faudra se demander, avant toute chose, s'il faut appliquer la loi territoriale ou celle de la nation à laquelle l'Européen appartient.

Il ne faut pas croire en effet qu'on puisse ériger en axiome général une maxime qui ne trouve que trop de faveur dans les consulats du Levant : « Que tout juge doit, en cas de conflit, recourir à la législation de son propre pays. » D'où il résulterait que tous les différends portés devant un tribunal consulaire doi-

vent être tranchés aux termes de la législation nationale du consul. Cette maxime est vraie lorsqu'il s'agit des lois de procédure qui indiquent le mode à suivre pour engager une affaire [1], encore est-elle d'une application difficile lorsqu'on veut déterminer avec précision l'étendue des relations comprises sous ce terme de lois de procédure.

Mais lorsqu'il s'agit d'une *decisoria*, c'est-à-dire de la substance des relations juridiques, cette maxime est très-fausse, et l'on ne pourrait l'invoquer comme règle pour trancher les divers cas de conflit des législations entre elles. Alors, en effet, qu'un consul se trouve avoir à juger une contestation entre l'un de ses nationaux et un étranger, il doit appliquer celle des deux législations sous l'influence de laquelle est né le rapport de droit qui forme le sujet du différend, et en pareille hypothèse il serait coupable s'il appliquait au hasard sa propre législation. Un autre système que celui que nous indiquons conduirait aux conséquences les plus absurdes et les plus fâcheuses, et finirait par détruire l'idée du droit international privé, lequel a surtout pour fondement cette hypothèse « qu'un juge devra souvent recourir à l'application de lois étrangères. » Supposons le cas d'une succession ouverte dans un Etat quelconque. Se croyant héritier, le sujet d'un autre État entre en possession et en jouissance, tandis que le véritable héritier, qui appartient à un troisième Etat, se présente pour revendiquer son bien. Celui-ci doit, de toute nécessité, suivre le tribunal du défendeur, c'est-à dire, dans le cas où ce dernier habiterait le Levant, un tribunal consulaire. Dans l'hypothèse que nous avons imaginée trois législations se trouvent en conflit : celle du tiers où la succession s'est ouverte ; celle du demandeur et celle du défendeur. Suivant la maxime citée plus haut, on devrait recourir à la loi du défendeur pour décider quel est le véritable héritier de cette succession. Or, peut-on soutenir quelque chose de plus absurde, puisque tous les publicistes sont d'accord en ce point, que la loi à suivre est celle du lieu de l'ouverture de la succession, loi à laquelle le tribunal consulaire, saisi par le véritable héritier, devra se conformer, quelle que soit la nationalité du consul. Mille autres cas semblables pourraient se présenter, mais je n'insiste pas et

[1] Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte III, cap. XII.

je m'en réfère à la belle réfutation que Schæffner a faite de cette fausse maxime dans son ouvrage sur le droit international privé [1].

Pour décider quelle doit être la législation à invoquer dans un différend porté devant un tribunal consulaire levantin ou un tribunal local par des parties appartenant à diverses nationalités, on peut, dès l'instant qu'on prend pour point de départ le principe d'*exterritorialité*, adopter comme fondamentale la règle suivante, laquelle permet de recourir aux prescriptions de la science du droit international en tant qu'elle fait rentrer dans le cadre de cette science la théorie qui détermine la condition juridique des étrangers fixés sur le territoire égyptien, en assimilant cette dernière à une situation admise et reconnue par le droit international européen.

Tous les Européens établis en Égypte doivent, au point de vue du droit international privé, être considérés comme vivant hors du territoire égyptien et conservant fictivement leur ancien domicile national; si, en conséquence, un conflit concernant les lois privées s'élève entre des Européens, on devra se conformer aux règles qu'établit le droit international commun pour le cas où des plaideurs de nationalités différentes conserveraient respectivement leur domicile sur le territoire de leur patrie. Et lorsqu'un conflit de même nature surgira entre un Européen et un indigène, on devra, quel que soit le tribunal saisi, recourir également aux principes du droit international commun, qui sont applicables au cas de deux étrangers conservant l'un et l'autre leur domicile national.

Cette règle, une fois admise comme principe incontesté du droit public international existant entre les nations européennes et la Porte, on peut en déduire les conséquences suivantes, qui élèvent le droit international privé ottoman au rang de théorie.

Dans l'énonciation de ces règles, nous suivrons la division du droit public international européen adoptée par la science, et nous ferons observer qu'elles embrassent tous les rapports de droit qu'un Européen peut avoir dans l'État étranger qui lui sert de résidence.

Les lois exercent leur influence sur les hommes sous trois

[1] Schæffner, *Exposition du droit international privé*, chap. I, § 24.

aspects divers : quant à leur personne, quant à leurs biens et quant à leurs actes.

Quelles sont les lois qui, à ce triple point de vue, régissent les Européens établis en Égypte ?

Les lois sur les personnes sont celles qui déterminent l'état ou la capacité juridique. Les Européens étant considérés comme vivant en dehors du territoire égyptien, leur capacité juridique devra dépendre exclusivement de la législation de leur patrie; et ce principe est également admis par le droit international européen, mais avec des restrictions quant à la capacité juridique des actes particuliers. Il ne peut au contraire recevoir aucune restriction dans les pays ottomans, où il conserve une force absolue et illimitée.

Les lois sur les choses concernent les meubles ou les immeubles. Quant aux meubles, qui sont réputés n'être qu'un accessoire de la personne, ils devront nécessairement suivre les lois qui régissent celle-ci, et ne sont en conséquence point soumis à la loi ottomane. Pour les immeubles, une distinction est nécessaire, et sous certains rapports, alors par exemple que les lois qui les concernent ne touchent en rien à la capacité personnelle du propriétaire, on devra appliquer la loi du pays où les immeubles sont situés, c'est-à-dire la loi ottomane. Sous tout autre rapport, et notamment lorsque la personnalité du propriétaire est intéressée dans la question, on devra appliquer les lois de son pays. On voit donc que, même en ce qui regarde les choses, il existe d'importantes différences entre le droit international européen et celui qui régit les pays musulmans.

La législation universelle partage les actes de l'homme en deux catégories : les actes licites et les actes illicites. En ce qui touche à cet ordre de lois, les différences entre le droit européen et le droit musulman sont encore plus frappantes. Pour la forme des actes licites, tels par exemple que les contrats, les testaments, etc., la règle générale en Europe est qu'il faut s'en tenir aux usages du pays où l'acte est passé, et l'on sait que bien souvent en pareille matière la forme emporte le fond. Il en est de même des actes illicites qui reçoivent leur châtiment aux termes des lois du pays où ils ont été commis. Une règle contraire a prévalu en Égypte, où, vu le principe d'*exterritorialité*, tous les actes licites, soit pour leur forme externe, soit pour

leur forme interne, suivant la loi personnelle de ceux qui y sont intéressés, tandis que d'autre part les actes illicites ne sont jamais réprimés par la législation territoriale du lieu où ils ont été commis. En sorte que l'on peut dire que la célèbre maxime : *Locus regit actum* n'est qu'un vain mot pour les Européens établis en Egypte.

Quant à ce qui concerne la procédure, on doit appliquer rigoureusement, et sans exception possible, cette maxime : que le demandeur suit le tribunal du défendeur, et l'on ne pourrait pas citer un seul exemple d'un défendeur européen traîné par un demandeur indigène devant un tribunal local, soit en matière mobilière, soit en matière immobilière.

DOMENICO GATTESCHI,
Docteur en droit,
avocat à la Cour de cassation du royaume d'Italie.

BIBLIOGRAPHIE.

Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, par GABRIEL DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; deuxième édition, revue et corrigée. Paris, A. Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7; 2 vol. in-8. Prix : 12 francs.

Pour des ouvrages comme celui-ci, qui se recommandent si bien d'eux-mêmes, par leur mérite et par leur utilité, et qui ont déjà reçu l'accueil le plus favorable de tous ceux auxquels ils s'adressent, on pourrait, sans doute, se dispenser de tout compte rendu, si l'on ne craignait de paraître indifférent à des travaux dignes, sous tous les rapports, de l'attention et de la sympathie des jurisconsultes. C'est ce qui nous engage à dire quelques mots de la nouvelle édition des *Principes de l'enregistrement*.

Ce livre, ainsi que nous le constations lors de sa première édition, répondait à un véritable besoin de la science par son sujet, et par la manière dont ce sujet était traité ; aussi le succès ne s'est-il pas fait attendre. Bien qu'appartenant à des carrières différentes, les hommes de science et de pratique dans le droit et dans l'enregistrement l'ont accueilli avec une faveur marquée. On a même vu surgir de plusieurs côtés, sous les titres divers d'*Institutes*, d'*Eléments*... des ouvrages dont je n'ai point à apprécier ici le mérite, mais qui attestent tous la lacune que M. Demante avait comblée dans les publications relatives à l'enregistrement. Inutile de dire que ces ouvrages ne feront rien perdre à celui de M. Demante de l'estime dont il jouit.

Ce n'est pas, en effet, une œuvre de compilation formée de fragments de textes législatifs et de circulaires administratives, ou même de décisions doctrinales et jurisprudentielles, c'est, comme son titre l'indique avec justesse et avec vérité, une exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, c'est-à-dire la raison, la substance même de ces divers éléments ; ce qui fait que cet ouvrage convient également à ceux qui ignorent et à ceux qui savent déjà.

Seulement, pour ne pas rompre d'une manière trop complète

avec les habitudes reçues et ne pas dérouter, par une nouvelle méthode, un grand nombre de ses lecteurs, M. Demante a suivi, dans son exposition, la forme dû commentaire. Je dis l'une des raisons qui ont dû prévaloir auprès de l'auteur sur celles qui, dans un ouvrage de ce genre, pouvaient l'engager à adopter une forme plus synthétique. Au surplus, peu importe la forme, pourvu qu'on y trouve la saine et savante doctrine qui fait le fond du livre.

La perception des droits d'enregistrement n'est pas chose aussi simple et aussi facile que le suppose le vulgaire, elle exige quelquefois, pour la détermination des actes et des droits qui leur sont applicables, une connaissance approfondie de notre droit. L'administration de l'enregistrement l'a compris et, depuis plusieurs années, c'est parmi les docteurs en droit et les lauréats de nos Facultés qu'elle se recrute de préférence, donnant ainsi l'exemple à tant d'autres administrations dans lesquelles l'établissement d'une semblable règle ne serait pas seulement utile pour ranimer l'éclat dont elles brillèrent jadis en France.

Quoi qu'il en soit de la réalisation plus ou moins prochaine de ce vœu que forment tous les vrais amis de la science du droit et de la bonne administration de la justice, il est certain que le livre de M. Demante, outre tant d'autres avantages, aura encore celui de contribuer à l'alliance de la science du droit et des lois fiscales, alliance qui n'est pas moins nécessaire au juriste qu'au receveur de l'enregistrement. Nos plus célèbres jurisconsultes coutumiers, Dumoulin, d'Argentré, Chopin, nous ont donné l'exemple sur ce point, ne l'oublions pas, et ils ont laissé des traditions que leurs dignes successeurs, au premier rang desquels s'est placé l'auteur de l'*Exposition raisonnée*, ont fait revivre de nos jours. Aussi rencontre-t-on, à chaque page de ce livre, des témoignages de cette alliance ; ce sont tantôt des textes des lois romaines, tantôt les dispositions de nos coutumes, tantôt les opinions de nos anciens jurisconsultes qui sont invoqués dans des dissertations fiscales. Cet emploi d'éléments qui, à des esprits superficiels, peuvent sembler étrangers à la matière, est fait avec une sobriété bien rare, une impartialité qui ne l'est pas moins, et avec une science de bon aloi qui éclaire d'une vive lumière plusieurs théories, et répand de la variété sur une exposition que

le sujet semblait condamner lui-même à l'aridité. Que d'exemples ne pourrions-nous pas citer ici !

Mais nous ne devons pas oublier que l'ouvrage de M. Demante est déjà connu de la plupart de nos lecteurs et qu'il faut restreindre ce compte rendu à ce qu'il y a de nouveau dans l'édition que nous avons sous les yeux. Or, le nouveau ne manque pas dans cette édition, qu'on peut appeler avec vérité *revue, corrigée et considérablement augmentée*. Nous ne pouvons énumérer toutes les additions et tous les changements faits par l'auteur à son œuvre, et amenés, les uns par les textes de lois nouvelles, telles que la loi du 21 mai 1858, relativement à l'ordre amiable, la loi de finances du 11 juin 1859, relativement aux marchés commerciaux et au timbre mobile, celles du 28 mai 1858, sur les ventes en gros, et du 9 mai 1860, sur les assurances agricoles, etc.; les autres, par l'examen consciencieux et sévère auquel il a soumis toutes les parties de son travail pour la nouvelle édition. Dans cette révision, qui a donné lieu à l'examen de plusieurs arrêts intervenus dans ces derniers temps sur des questions importantes concernant les actions et les obligations de compagnies, les dons manuels, les legs de sommes, les donations secondaires, les reprises des époux, les créances irrecouvrables, M. Demante ne s'est pas laissé arrêter par l'amour-propre d'auteur, et il n'a pas craint de renoncer complétement à des opinions qu'il avait antérieurement adoptées. C'est ce qu'il a fait, notamment pour la théorie des nullités, sur laquelle on nous permettra de nous arrêter un moment.

Dans sa première édition, M. Demante avait soutenu, par d'excellentes raisons et conformément à l'ancienne jurisprudence, que, lorsqu'il y a nullité absolue, par exemple, dans le cas de vente d'une succession future, l'acte nul n'encourt pas le droit proportionnel, et que si ce droit est acquitté, il y a lieu à restitution. Dans la seconde édition, non en se fondant, comme il le dit lui-même, sur tel argument de détail, mais en considérant le caractère général de l'impôt de l'enregistrement et la nature des attributions des préposés, il soutient, au contraire, que le droit est exigible et qu'il n'est pas sujet à restitution, par application de l'article 60 de la loi de frimaire. Il donne aussi cette raison, que la différence entre les nullités absolues et les nullités relatives n'est pas aussi grande qu'on le prétend; qu'elle ne consiste

qu'en ce que l'une peut être proposée par toute personne intéressée et pendant trente ans, tandis que l'autre ne peut l'être que par certaines personnes et pendant dix ans, et qu'il n'est point exact de dire que la première empêche l'acte de produire aucun effet.

A Dieu ne plaise que je veuille entrer ici en controverse sur cette matière avec mon savant collègue, ou que, par un amour exagéré de notre vieux droit, je prétende le retrouver et le faire revivre partout dans les dispositions de notre droit moderne. Seulement je ne puis m'empêcher de présenter quelques observations à l'auteur et d'essayer de le défendre, en quelque sorte, contre lui-même.

Les règles de perception et de restitution de notre ancienne jurisprudence relatives aux droits seigneuriaux et au droit de centième denier d'où tirent leur origine nos droits actuels de mutation étant parfaitement rationnelles et équitables, M. Demante en convient, pourquoi ne les appliquerait-on pas? D'une part, l'effet des nullités absolues n'est pas moins énergique dans notre droit moderne que dans notre ancien droit, au contraire, et, d'une autre part, l'article 60 ne s'applique qu'aux droits *régulièrement* perçus. Or, lorsqu'un acte est nul d'une nullité absolue, lorsqu'aux termes de l'article 1131 il ne produit aucun effet, peut-on dire que les droits qui sont perçus précisément à raison de ses effets, soient perçus *régulièrement*? Quant à la raison tirée de ce que les employés de l'enregistrement ne peuvent se faire ainsi juges de la validité des actes, nous l'admettons volontiers lorsque la cause de nullité est cachée ou postérieure à l'acte; mais lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue, il nous semble qu'ils pourraient faire ce que faisaient les anciens commis des fermes.

D'ailleurs, M. Demante ne reconnaît-il pas lui-même qu'ils doivent le faire dans certains cas, par exemple, lorsqu'une disposition à titre gratuit a eu lieu sous une condition impossible ou illicite? Une telle condition étant réputée non écrite, les employés ne doivent pas percevoir de droit fixe; mais pour savoir s'ils le doivent ou non il faut bien qu'ils apprécient la condition et l'acte, et s'ils jugent en matière de condition, pourquoi ne jugeraient-ils pas en matière de cause?

Je soumets humblement ces observations à mon savant et consciencieux collègue, sachant par avance que s'il y trouve

quelque chose de bon il l'acceptera, et qu'il ne négligera pas plus sur ce point que sur tous les autres de faire un bon et utile emploi de notre ancienne jurisprudence qu'il connaît si bien, lorsqu'il pensera pouvoir en tirer quelque secours, soit pour découvrir ce qui est dans nos lois modernes, soit pour reconnaître ce qui n'y est pas.

Depuis longtemps, M. Demante appartient à l'école historique par ses titres et par ses travaux, ce qui ne l'empêche pas, tant s'en faut, de faire des ouvrages excellents, comme celui dont nous nous occupons, même au point de vue pratique. Rien d'utile n'a été négligé : trois tables analytique, chronologique et alphabétique l'attestent suffisamment. C. GINOULHIAC.

Essai sur les plaidoyers de Démosthène, par ALBERT DESJARDINS, docteur ès lettres, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. Auguste Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7; in-8°. Prix : 3 fr.

Les œuvres de Démosthène ont été l'objet de nombreux et savants travaux; mais c'est au point de vue de l'éloquence politique que se sont placés la plupart des auteurs. Cependant Démosthène n'a pas été seulement un grand orateur politique, il a composé des plaidoyers soit pour lui-même, soit pour autrui; il a été avocat, autant qu'on pouvait l'être à Athènes. C'est à ce second côté du talent de Démosthène qu'est consacré le remarquable ouvrage de M. A. Desjardins.

Il semble que l'éloquence judiciaire n'ait pu exister à Athènes; tout paraissait combiné dans la législation en vue de la proscrire. Le droit de se faire représenter soit dans l'accusation, soit dans la défense était refusé aux citoyens; la clepsydre mesurait parcimonieusement aux orateurs la durée de leurs discours. Mais les mœurs, on l'a souvent répété, sont plus fortes que les lois. Si le peuple d'Athènes traitait ainsi en ennemie l'éloquence judiciaire, c'est que nul ne fut plus que lui sensible à son influence; il ne la redoutait tant que parce qu'il sentait ne pouvoir résister à ses charmes. Aussi fut-elle à Athènes, comme l'éloquence politique, l'objet d'un culte délicat et raffiné. En dépit des règlements qui lui refusaient la liberté, elle parvint à conquérir une indépendance, qui, sous certains rapports, alla jusqu'à la licence.

Le ministère des avocats était interdit; on eut recours aux

synagores et aux *logographes*. On demandait à faire entendre une ou plusieurs personnes qui avaient accepté la mission de venir en aide à l'accusation ou à la défense ; ou bien encore on faisait composer d'avance par un orateur le discours qu'on prononçait ensuite soi-même devant les juges. Grâce à cette façon ingénieuse d'éluder les lois, l'éloquence judiciaire put fleurir chez les Athéniens ; ils s'y adonnèrent avec cet instinct artistique qui se manifestait sous toutes les formes dans cette nation si merveilleusement douée. L'art même eut à leurs yeux un prestige tel, qu'ils lui sacrifièrent trop ces principes dont l'orateur ne doit jamais se départir. Ils se montrèrent peu scrupuleux sur le choix des moyens, et la vraisemblance eut pour eux plus de prix que la vérité.

On sent dans les plaidoyers de Démosthène l'influence des mœurs publiques de son temps. C'est ainsi que le faux témoignage ne paraît pas exciter chez lui une bien vive indignation. Le mensonge oratoire lui semble très-légitime ; il n'hésite pas à raconter inexactement les faits, s'il pense que le besoin de la cause l'exige. Le droit n'est pas plus respecté dans la discussion que la vérité dans la narration. Devant des juges peu versés dans la connaissance des lois on ne craignait pas d'en dénaturer le sens, ni même d'en altérer le texte. La science du droit ne paraît pas, d'ailleurs, avoir jamais été en honneur à Athènes ; ceux qui faisaient profession de l'étudier « étaient du dernier rang et se contentaient d'un misérable salaire. »

Si nous rencontrons dans les plaidoyers de Démosthène ces défauts, qui sont ceux de son temps, nous y trouvons aussi les qualités qui sont les siennes propres : ce style simple et nerveux, cette logique vigoureuse et serrée, qui distinguent ses discours politiques. Il excelle à varier, suivant chaque cause, la marche, l'ordre, les moyens oratoires de ses plaidoyers. Aussi M. Desjardins n'a-t-il pas cherché à déduire de ses études des règles générales et absolues. Il s'est contenté de signaler cette variété de procédés dont Démosthène savait user avec tant d'habileté. Il fait ressortir par des exemples très-heureusement choisis l'art infini avec lequel Démosthène s'efforçait tout à tour d'entraîner ou de convaincre.

Ce qui vaut mieux que les préceptes d'une rhétorique impuissante c'est l'étude intelligente, réfléchie des modèles ; et de tous

les modèles Démosthène est, sans contredit, le plus parfait. Si nous ne rencontrons pas chez lui la grâce et le pathétique de certains orateurs, nous trouvons dans ses plaidoyers, comme dans ses discours politiques, cette éloquence « énergique et simple, jamais théâtrale ni occupée d'elle-même, tout entière aux choses, lumineuse de bon sens, ardente, élevée, quand le sujet l'enflamme, et par-dessus tout naturelle et vraie [1]. » De même que notre tribune moderne ne saurait puiser ses inspirations à une source plus pure, notre barreau ne peut choisir un guide meilleur. Le style emphatique et pompeux tend de plus en plus à disparaître de nos mœurs judiciaires ; une langue plus rapide, moins surchargée de phrases vides et solennelles, est devenue celle de notre barreau. C'est une réaction digne d'éloges ; mais il faut qu'elle s'arrête là. Sous prétexte d'éviter l'emphase et le mauvais goût, gardons-nous d'abdiquer tout souci de la forme. Ce serait un second écueil non moins dangereux que le premier. L'étude des plaidoyers de Démosthène me semble propre à nous préserver de l'un et de l'autre, à la condition toutefois que, comme M. Desjardins nous en a si bien donné l'exemple, nous sachions discerner ce qu'il faut emprunter, ce que nous devons rejeter. Il est des règles supérieures aux préceptes de l'art oratoire, ce sont celles de la probité, du dévouement, de l'indépendance. Le barreau moderne a su maintenir intactes ces fortes traditions. Qu'il continue à pratiquer ces vertus, qui semblent d'un autre âge ; qu'il résiste à toutes les fausses maximes sous lesquelles se cache la cupidité ; mais qu'il n'oublie pas que, tout en restant scrupuleux observateur de ses devoirs sacrés, il a aussi pour mission de ne pas laisser dégénérer l'art dont le culte lui est confié.

Telle est la conclusion de cet ouvrage, qui se distingue par une science aussi ingénieuse que sûre, par un style à la fois élégant et sobre. Nous insisterions davantage sur le mérite du travail de M. Desjardins, si les éloges unanimes des professeurs de la Faculté des Lettres de Paris, auxquels il a été, d'abord, présenté sous forme de thèse, ne nous dispensaient de cette tâche facile.

ERNEST TAMBOUR,
Avocat, docteur en droit.

[1] Voir la préface du tome II de la belle traduction de M. Plougoulm, p. IX.

Pandekten Vorlesungen, von Dr F.-L. von Keller. *Cours de Pandectes*, par M. de Keller, professeur à Berlin, publié par E. Friedberg. Leipzig, B. Tauchnitz, 1861.

Il n'a point été donné à l'auteur de ce nouveau cours de Pandectes de juger du succès de son œuvre. Il n'avait point encore achevé de le publier lorsque la mort vint l'enlever à la science du droit. Déjà M. de Keller s'était fait un nom par ses articles de revues, ses traités sur la *Litiscontestatio*, la procédure civile romaine et les actions, enfin par son cours d'Institutes. L'ouvrage dont nous avons à entretenir le lecteur est la reproduction, trop fidèle peut-être, de l'enseignement donné par l'auteur à ses élèves. M. de Keller, s'attachant, avant tout, à la pureté de doctrines, ne voulait point embarrasser l'esprit de ses auditeurs par la controverse. Mais ce système d'exposition purement dogmatique qui peut produire de bons effets dans les leçons orales, ne saurait convenir aussi bien dans un livre.

Le cours de Pandectes de M. de Keller comprend cinq grandes divisions : 1° Partie générale, *Allgemeine Lehren*; 2° Droits réels; 3° Droit des obligations; 4° Droit de famille; 5° Droit successoral. On sait quelle importance les Allemands attachent à ce qu'ils appellent, la division rationnelle ou classification des matières Ils ont écrit là-dessus un grand nombre de traités. Ils ont fait de cette science, car c'en est une pour eux, l'objet d'un cours professé dans toutes les universités, sous le nom de cours de méthodologie. Le professeur chargé de cet enseignement est ordinairement celui qui fait le cours d'encyclopédie juridique[1]. Mais quelques

[1] C'est à l'imitation du cours d'encyclopédie juridique des universités allemandes qu'en 1840 M. Cousin, alors ministre de l'instruction publique, créa une chaire d'introduction générale à l'étude du droit. Cet enseignement s'étendit d'abord de la Faculté de Paris à celle de Strasbourg, puis à toutes les autres. Mais il ne produisit pas les résultats qu'on en devait attendre, et il est aujourd'hui presque entièrement abandonné. Il n'en est pas cependant dont l'absence soit plus regrettable, car il n'en est pas qui puisse être plus utile. Il est la transition nécessaire entre les études littéraires et les études juridiques. Il prête à celles-ci tout le secours de l'histoire et de la philosophie. Il donne sur chacune des branches de la science du droit ces idées générales qui éclairent tout l'ensemble et sans lesquelles on se flatterait vainement d'arriver à l'intelligence exacte des détails. Mais si, pour les élèves, il convient de le placer au commencement des études, loin d'être un début pour le professeur, cet enseignement devrait

efforts qu'ils aient faits jusqu'à ce jour pour s'entendre sur les vrais principes de cette classification, ils n'ont pas encore pu y réussir. Ainsi telle matière qui, chez l'un, se trouve au commencement, est au milieu chez un autre, et à la fin chez un troisième. On est loin de se donner en France autant de peine, peut-être même ne s'en donne-t-on pas assez. La méthode exégétique, suivant le nom qu'on lui donne dans nos écoles, est celle qui nous séduit le plus. Mais s'il est un genre de confusion qu'elle nous fait éviter, il en est un autre aussi dans lequel elle nous fait tomber.

L'auteur a fait connaître dans une introduction comment il conçoit un cours de Pandectes. Le but qu'il se propose est de créer un droit national, le droit commun allemand. Il ne se dissimule pas les difficultés de l'entreprise. Il déclare que presque tout manque en Allemagne pour accomplir un pareil dessein. C'est donc dans le droit romain qu'il faut chercher des modèles. Il faut dérober, autant que possible, aux jurisconsultes romains les secrets de leur grand art.

M. de Keller envisage le droit romain comme loi civile en vigueur, comme source de la législation moderne et comme le plus beau modèle à imiter. Sur le premier point seulement la France diffère de l'Allemagne[1]; mais les réflexions de l'auteur

être pour lui le couronnement de toute la carrière. A-t-on satisfait à ses conditions essentielles lorsqu'on en a chargé de jeunes professeurs condamnés par la force des choses et malgré tout leur zèle à rester au-dessous d'une tâche qui exige les connaissances les plus étendues unies à l'expérience la plus consommée? On ne peut dire qu'il en ait été ainsi, et peut-être est-ce la cause du discrédit où est tombé cet enseignement.

[1] Toutefois, la différence tend à s'effacer de plus en plus. On a même été jusqu'à la contester à plusieurs reprises et très-énergiquement. Plusieurs auteurs* ont prétendu qu'il ne fallait point reconnaître aujourd'hui en Allemagne force de loi écrite au droit romain. La vigueur de leurs attaques n'est pas parvenue à ébranler le principe contraire, profondément enraciné. Il est demeuré constant que celui qui invoque devant un tribunal allemand une règle de droit romain a pour lui ce qu'on appelle *fundatam intentionem in jure*. Mais c'est un principe soumis chaque jour à de nouvelles restrictions. Il ne faut pas qu'une règle contraire à celle du droit romain soit établie par le droit canonique, par les lois de l'empire ou par le droit coutumier. Depuis un siècle, une activité législative croissante s'est emparée des divers Etats allemands, et souvent les lois nouvelles, par une clause expresse, enlèvent au droit romain force de loi subsidiaire.

* Kierulff, Beseler, Reyscher.

en ce qui concerne le second conviennent à la France aussi bien qu'à l'Allemagne, et ce qu'il dit à propos du troisième est également vrai pour tous les pays. Toutes les fois qu'un jurisconsulte voudra se former le sens juridique, il devra recourir au droit romain, lors même que ce droit n'aurait jamais été en vigueur dans son pays et n'y serait l'origine d'aucune disposition législative : il ne saurait trouver de plus parfaits modèles que les grands jurisconsultes qui vécurent à Rome depuis le règne d'Adrien jusqu'à celui d'Antonin Caracalla. Dans plusieurs passages M. de Keller compare ces jurisconsultes à des artistes. Je traduis littéralement un de ces passages : « Ils se servent, dit-il, de leurs principes comme fait un virtuose de son instrument, qui paraît moins être un auxiliaire extérieur et inanimé qu'un organe, un membre vivant de son corps. »

L'auteur ne veut étudier le droit romain à aucun des points de vue exclusifs où se sont placés tant d'auteurs. Il se garde bien d'opposer, à leur exemple, l'histoire à la philosophie. Il a compris que, loin de se combattre, elles se prêtaient un mutuel appui, et qu'il n'y avait de véritable science du droit que là où elles étaient unies l'une à l'autre.

Jusque-là rien de mieux, et il est possible de rendre assez clairement les idées de l'auteur. Mais voici un passage que le lecteur aura, suivant toute apparence, un peu plus de peine à comprendre : c'est du pur allemand. L'auteur a voulu expliquer comment il se représentait en général la science du droit. Cette science lui apparaît sous trois faces. Il envisage les règles du droit 1° dans leurs rapports avec la vie, ce qu'il appelle élément empirique psychologique ; 2° dans leurs rapports les unes avec les autres, à quoi il donne le nom d'élément systématique ; 3° dans leurs rapports avec elles-mêmes, ce qu'il appelle élément historique.

L'objet du livre de M. de Keller est le droit romain d'aujourd'hui, *das heutige rœmische recht*, c'est-à-dire le droit romain qui nous est parvenu dans la compilation de Justinien, à l'exception du droit public, du droit criminel, de la procédure, et de toutes les règles du droit privé, entièrement en dehors de l'état actuel des sociétés comme celles qui concernent les esclaves et les affranchis.

Dans la *partie générale*, l'auteur traite 1° du droit et des

règles du droit; 2° de leur classification; 3° des personnes; 4° des choses; 5° des actes juridiques; 6° du temps; et 7° de la protection des droits. On s'est fort occupé des rapports du *jus scriptum* et du *jus non scriptum*. Keller détermine les conditions dont le concours est nécessaire pour la formation du droit coutumier, et les règles suivant lesquelles doit être administrée la preuve de ce droit. Il combat les idées généralement reçues, et notamment celles de Vangerow. Il maintient l'expression de droit coutumier (*Gewohnheitsrecht*), bien qu'elle ait été constamment blâmée par Savigny et Puchta, et s'élève avec force contre celle de *Juristenrecht*, *droit des jurisconsultes*, propre à induire en erreur et à faire croire que les décisions des jurisconsultes formeraient aujourd'hui en Allemagne une source du droit.

Dans le chapitre intitulé *des Actes juridiques* se placent ou, plus exactement, se pressent les principes sur les déclarations de volonté, la condition, le terme et le *modus*, sur l'erreur, le dol et la violence, sur la simulation et la nullité, sur la représentation, enfin sur les donations. L'auteur comprend les donations dans la partie générale comme étant, non pas une affaire de droit particulière, ainsi que la vente et le louage, mais plutôt un caractère, une qualité que peuvent revêtir des opérations très-différentes. C'est partout une doctrine sûre mais trop résumée.

On trouve des développements plus étendus dans le chapitre consacré au *temps*. Nous y avons remarqué un historique des calendriers de Numa et de Jules César, avec de curieux détails sur la manière dont les Romains divisaient le temps, ainsi que sur les règles de la computation civile (*de die in diem*) et de la computation naturelle (*de momento ad momentum*). Celle-ci forme l'exception : Keller ne l'admet que pour la restitution *in integrum propter minorem ætatem*. La computation civile a lieu de deux manières : une année commencée à un moment quelconque du 1er janvier est écoulée tantôt à minuit qui sépare le 31 décembre du 1er janvier suivant, tantôt à minuit qui sépare le 30 du 31 décembre. Keller applique ce dernier mode de computation, lorsqu'il s'agit de calculer l'âge requis pour tester, l'âge d'un an exigé pour la *causæ probatio* par la loi *Ælia Sentia* et l'âge de vingt ans nécessaire d'après cette loi pour affranchir un esclave. Il fait application du premier en matière d'usucapion, de prescription d'actions, dans le calcul des délais accor-

dés pour demander la *bonorum possessio*, dans celui des deux mois accordés par loi *Julia municipalis* pour réclamer contre l'élection à une charge municipale, enfin dans le calcul des soixante jours pendant lesquels la loi *Julia de adulteriis* donne un droit de préférence au mari et au père pour l'accusation d'adultère. Il montre comment les Romains étaient arrivés à ce double mode de computation, et comment la pratique allemande a été conduite, par des modifications successives, au résultat suivant : plus de computation naturelle, computation civile encore de deux sortes, mais avec une prolongation d'un jour. Cette théorie de la computation du temps a donné lieu à de nombreuses discussions. La controverse n'est pas encore épuisée. Le sujet y prête merveilleusement; les jurisconsultes romains paraissent eux-mêmes avoir été divisés.

Le chapitre VII (Protection des droits) embrasse un vaste champ : les actions, les exceptions, les interdits, les divers actes de la procédure (litiscontestation, sentence, *confessio*, *interrogatio in jure*, serment), les *in integrum restitutiones*. L'auteur passe rapidement sur nombre de points. Il insiste davantage sur la prescription des actions et des exceptions. Il rejette comme également fausses, par leur trop grande généralité, la maxime *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* et la règle inverse : *tant dure l'action tant dure l'exception*.

La deuxième partie (Droits réels) est la plus riche en développements. Elle se divise en quatre chapitres : Propriétés, Servitudes, Hypothèques, Emphytéose et Superficie. Nous signalerons dans le chapitre I[er] les paragraphes relatifs à la *justa causa* et à la *bona fides*, dans la tradition et dans l'usucapion (§§ 127 et 133), à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (§ 143), à la *rei vindicatio* (§§ 149-152), à l'action *negatoria* (§ 155), enfin aux rapports entre voisins, surtout au *damnum infectum* (§§ 113, 114, 160-162). C'est ici que l'auteur traite de la possession renvoyée par plusieurs à la partie générale.

La théorie des servitudes, soit réelles, soit personnelles, est une des meilleures parties de l'ouvrage. L'auteur s'attache à définir la servitude et à déterminer ce qui la distingue de tout autre *jus in re*. Plusieurs (Thibaut, Buchholtz) vont jusqu'à regarder comme impossible de préciser rigoureusement la notion de la servitude. Mais la plupart se sont efforcés de la saisir.

Keller expose les tentatives de Glück, Gœschen, Vangerow, Puchta, Elvers. Il les tient toutes pour plus ou moins manquées. D'après lui, il existe entre les servitudes et tout autre droit réel une différence spécifique, dont on peut, sans doute, donner la formule, mais à la condition de maintenir, comme fondamentale, la division des servitudes en prédiales et personnelles.

Sur la nature de l'hypothèque, on n'a pas moins discuté que sur celle de la servitude. Est-ce un véritable droit réel, un *jus in re aliena?* Keller n'hésite point à répondre que oui. Il défend cette thèse contre la théorie nouvelle développée avec force par Büchel. La théorie de Büchel consiste à considérer l'hypothèque non comme un droit réel, mais comme un droit d'obligation, *obligatio rei*, où la chose hypothéquée est le sujet, le débiteur, la *persona obligata*. Keller ne craint pas de dire que Büchel et tous ceux qui se rallient à son système (Riedel, Duroi, Mühlenbruch, Schweppe, Sintenis, Madaï, Warnkönig, Huschke, Vangerow) professent une doctrine qui n'est ni romaine, ni juridique, que leur théorie est du plus mauvais goût (*von dem allerschlechtesten Geschmack*), et que Puchta a fort bien fait de la repousser avec une sorte de dérision. Nous croyons aussi plus exacte l'opinion défendue par Keller et Puchta ; mais nous regrettons que les expressions dont ils usent remettent en mémoire la polémique peu courtoise des savants du seizième siècle.

La troisième partie contient le droit des obligations, ainsi divisé : 1° principes généraux ; 2° obligations nées des *affaires* de droit. Ces mots n'ont pour nous qu'un sens vague ; ils sont pris en Allemagne dans une acception technique déterminée, et correspondent à peu près à ce que nous appellerions *obligations* nées d'un contrat, ou comme d'un contrat. 3° Obligations nées d'un délit ; 4° obligations nées de conjonctures diverses, d'événements fortuits (action *ad exhibendum*, *rationum editio*, obligation alimentaire, devoir d'inhumation, actions *de pauperie* et *de partu*. Cette partie est traitée avec la vigueur et l'originalité, qui sont les qualités propres de l'auteur. Citons entre autres les paragraphes relatifs aux conditions de forme et de fond nécessaires à l'existence et à la validité des conventions en général (§§ 221-223), aux exceptions *non adimpleti et non rite adimpleti contractus*[1] (§ 243), à la compensation (272), et plusieurs de

[1] L'auteur repousse ces exceptions, d'où résulterait une espèce de droit

ceux qu'ils consacrent à la vente, au louage, à la société et à la *communio*. Toutefois, on a encore plus d'un regret à exprimer ; c'est ainsi que, pour citer seulement quelques exemples, on aimerait trouver des explications plus détaillées sur la clause pénale, sur les obligations corréales et solidaires, le payement et la dation en payement.

Dans la quatrième partie (Droit de famille), on trouve que l'auteur est encore un peu bref en ce qui concerne les donations entre époux, la *donatio propter nuptias*, et plusieurs questions de la dot. Toute la matière de la tutelle est fort bien traitée. C'est, avec la matière des servitudes, celle que l'auteur a le plus approfondie.

La cinquième et dernière partie contient le droit successoral. Keller s'applique d'abord à résoudre une question fort débattue. A côté du système du droit civil, *hereditas*, le préteur a construit tout un système successoral, la *bonorum possessio*. Tantôt il donne son assistance au droit civil, tantôt il en comble les lacunes, tantôt il se met en révolte contre lui. Par où le préteur a-t-il débuté ? Rien n'est moins aisé que de le dire. Il n'est aucune des trois espèces de *bonorum possessiones*, *adjuvandi*, *supplendi* et *corrigendi civilis juris gratia*, qui ne puisse être regardée comme l'origine des deux autres. D'après Fabricius et Vangerow, le préteur a commencé par la *B. P. adjuvandi causa* : c'est dans l'attribution de la possession intérimaire à l'une des deux parties qui se disputent une hérédité par la *petitio hereditatis* qu'il faut voir l'origine de toutes les *B. P.* Dans l'opinion de Hugo et Savigny, le besoin de combler les lacunes du droit civil a donné naissance à toute l'institution : les premières *B. P.* que l'on ait vues sont celles des cognats et de l'époux. Enfin, Keller veut que les *B. P. corrigendi causa* soient les premières qui aient été données. Il voit dans le *successorium edictum* le fondement de tout le système successoral prétorien. Signalons encore dans cette dernière partie les paragraphes où l'auteur traite de la *pro herede usucapio* (§ 457), des pactes sur succession future (§ 481), et du legs successif (fidéicommis de famille) (§ 560).

de rescision dans les contrats consensuels synallagmatiques. Il les qualifie d'invention inadmissible. Il les avait déjà combattues dans le *Jahrb. d. g. R.*, IV, 11.

Notre appréciation sur l'ensemble du livre ressort suffisamment de l'analyse que nous avons faite de ses différentes parties. La manière de l'auteur est essentiellement dogmatique : elle l'est trop exclusivement, à notre sens. Poser les règles avec fermeté, donner sur toutes les questions une solution, fût-ce la meilleure, ce n'est point encore assez. La discussion doit soutenir l'exposition doctrinale et la vérifier : il faut savoir quelles raisons ont déterminé l'auteur ; il importe de posséder les éléments nécessaires pour contrôler les jugements qu'il a portés. Le livre de M. de Keller a donc besoin d'être complété par un autre où la discussion trouve une plus large place : par les ouvrages de Puchta, Savigny, Vangerow.

Mais pourquoi faut-il que noûs soyons obligés de recourir à des œuvres étrangères ! Nous avons laissé échapper de nos mains le sceptre que nous tenions autrefois. Nous nous relevons néanmoins, et, depuis plus d'un quart de siècle, de nobles travaux nous ont vengés des dédains que nos voisins ne nous ménageaient pas. Mais il nous manque encore sur l'ensemble du droit romain un livre où l'on ait mis à profit les grands travaux accomplis au delà du Rhin, et où soient alliées dans d'heureuses proportions l'exposition des principes et la discussion des controverses. Nous appelons de tous nos vœux un ouvrage français qui vienne combler cette lacune.

ERNEST DUBOIS,
Avocat, docteur en droit.

I. *De l'indépendance civile chez les Français*, par M. TESSIER DE RAUSCHENBERG, avocat. Auguste Durand, 1862; in-8°. Prix : 5 francs.

II. *De la répression du vagabondage*, par M. TH. HOMBERG, conseiller à la Cour impériale de Rouen. Paris, Auguste Durand; in-8°. Prix : 3 francs.

La détention préventive joue un grand rôle dans notre législation criminelle : tout le monde la justifie en théorie; son utilité, en thèse générale, n'est pas contestée; mais les avis se partagent, dès qu'il s'agit de fixer son étendue et de déterminer l'application qu'il faut en faire. Le caractère même de l'institution semble préciser à l'avance les limites dans lesquelles elle doit se mouvoir, et cependant l'usage qu'on en fait dans la pratique, les écarts auxquels on s'est laissé entraîner parfois, ont provoqué à diverses reprises des réclamations énergiques, et

démontré l'urgence d'une réforme. Il ne suffit pas, en effet, que le principe de la liberté individuelle soit inscrit dans nos lois, il faut encore que ces lois accordent aux citoyens des garanties sérieuses, afin de les protéger d'une manière efficace.

C'est en suivant cet ordre d'idées que M. Tessier a été amené à réédifier entièrement la législation qui nous régit. D'après lui, la détention préventive doit être interdite dans tous les cas où il n'est pas à craindre que le prévenu cherche à se soustraire par la fuite à la condamnation qui le menace; le temps qu'il a passé en prison, alors qu'il était détenu préventivement, abrégera d'autant la durée de sa peine; le principe de la liberté sous caution sera pratiqué sur une large échelle; le magistrat ne siégera pas dans l'affaire qu'il a instruite; enfin, une dernière garantie consistera dans la création d'une chambre de protection, chargée d'exercer un contrôle bienfaisant sur l'instruction tout entière.

Nous nous bornons à énumérer les côtés les plus importants que présente l'examen de cette étude difficile et délicate, en renvoyant le lecteur aux développements que M. Tessier y a consacrés ; nous ne croyons toutefois pas devoir quitter cet ouvrage, sans adresser à son auteur le reproche de s'être montré trop sévère à l'égard des juges suppléants. La méfiance qu'il leur témoigne ne nous paraît nullement fondée ; les juges suppléants sont des magistrats inamovibles tout comme les titulaires, pourquoi donc suspecterait-on leur zèle et leur indépendance ?

Si nous passons maintenant à l'examen du mémoire que M. Homberg a présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, sur *la répression du vagabondage*, nous croyons que cette partie de notre législation présente aussi des lacunes regrettables,

M. Homberg, que sa position met à même d'observer les choses de près, a fait ressortir avec une grande force les inconvénients, les dangers même du système de répression actuellement en vigueur. L'emprisonnement en commun, tel qu'il est organisé de nos jours, loin de constituer une peine pour le vagabond, est considéré par celui-ci comme un avantage ; car, ainsi que l'a dit un homme compétent en cette matière, « ce régime est très-doux pour ces gens qui n'ont ni feu, ni lieu, ni foi, ni

loi... , dont l'existence a toujours été misérable, problématique, mise chaque jour en question par le besoin, pour lesquels la liberté est un vain mot, et qui voient dans la maison centrale un palais qui leur offre ce qui leur a toujours manqué, c'est-à-dire un vêtement chaud, une nourriture quotidienne, saine et abondante, un gîte sûr et commode...[1] » M. Homberg est donc d'avis de remplacer l'emprisonnement en commun par l'emprisonnement individuel, modification qui aurait pour effet, d'une part, d'éveiller chez le condamné l'ennui, et par l'ennui le désir du travail ; qui permettrait, d'autre part, de lui donner une éducation professionnelle et intellectuelle suffisante pour lui procurer, un jour, les moyens de subvenir par lui-même à son existence.

Mais cette première modification n'aboutirait elle-même à aucun résultat satisfaisant, si on ne la faisait suivre d'une innovation d'une autre nature : la méfiance que le vagabond libéré inspire à ceux auxquels il demande du travail, les difficultés de toutes sortes qu'il rencontre lui enlèvent bien souvent le moyen de persévérer dans les bonnes résolutions qu'il a prises; les ateliers lui sont fermés, il ne sait à qui s'adresser, et il retombe ainsi dans son ancien état de dégradation et de misère; une société de patronage se chargera donc de le soutenir dans les premiers temps de sa libération, en lui procurant du travail.

Enfin, celui qui n'aura pas su ou voulu profiter des secours qu'on lui a fournis, et dont les mauvais penchants auront repris le dessus, sera transporté dans quelque partie déterminée de nos colonies, et par là, on débarrassera la mère-patrie d'une classe d'individus dont la présence est quelquefois un danger réel pour la sûreté publique.

Les idées que l'honorable magistrat a développées dans son mémoire, nous paraissent dignes d'être étudiées de près; elles apportent un remède certain au mal que signalent les statistiques, c'est la meilleure des recommandations pour leur faire obtenir les suffrages des hommes compétents.

Eugène Lauth,
Avocat à la Cour impériale, docteur en droit.

[1] M. Alph. Cerfberr.

Code pénal prussien du 14 avril 1851, avec la loi sur la mise en vigueur de ce Code, et les lois rendues jusqu'à ce jour pour le compléter et le modifier; le tout précédé d'une introduction, et traduit pour la première fois en français par J.-S.-G. NYPELS, professeur ordinaire à l'université de Liége (Belgique), membre des Commissions de révision du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, etc. — Bruxelles, Bruglant-Christophe et Ce, éditeurs; Paris, Durand, libraire-éditeur, rue des Grès-Sorbonne, 7. In-18. Prix : 3 francs.

COMPTE RENDU PAR M. VALETTE,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Le nouveau Code pénal, du 14 avril 1851, est aujourd'hui en vigueur dans les neuf provinces du royaume de Prusse [1], et, par conséquent, même dans la province du Rhin, où subsiste encore l'organisation judiciaire française de 1810. Ce Code, voté par les Chambres législatives [2], sous l'empire de la Constitution du 31 janvier 1850, avait été préparé de longue main, puisque les premiers travaux qui y sont relatifs datent de 1826 : en sorte que plus de vingt-cinq ans ont dû s'écouler avant la réalisation finale du projet. Pendant tout ce temps, les diverses parties de la Prusse avaient continué à être régies par trois législations pénales différentes, à savoir : *Le Droit criminel commun* de l'Allemagne, dont la base est l'ordonnance criminelle de Charles-Quint de 1532 (*Caroline*) [3]; l'*Allgemeines Landrecht* du 5 février 1794 [4]; et le Code français de 1810, conservé dans la province du Rhin.

Nous allons d'abord donner ici une idée générale des longs travaux préparatoires du nouveau Code pénal prussien; puis nous nous occuperons des dispositions même de ce Code, en ce qu'elles ont de plus remarquable. Dans ce travail nous aurons

[1] Prusse propre, Silésie, Brandebourg, Poméranie, Posen, Rhin, Saxe, Westphalie, Hohenzollern (cette dernière réunie aux Etats prussiens en 1850); l'ensemble de la population prussienne est de près de 18 millions d'habitants.

[2] Dans les séances des 27 mars et 5 avril 1851 (2e Chambre), et du 12 avril 1851 (1re Chambre).

[3] Demeurée en vigueur seulement dans la partie de la Poméranie qui avait appartenu à la Suède, et dans quelques districts sur le Rhin.

[4] *Allgemeines Landrecht für die Preussichen Staaten* (Code général pour les Etats prussiens, Berlin, 1794, 5 vol. in-8°). Le titre XX de la deuxième partie de l'*Allgemeines Landrecht* avait remplacé, dans presque tout le pays situé à l'est du Rhin, l'ancien *droit criminel commun* de l'Allemagne.

pour lumière et pour guide l'ouvrage même de M. Nypels, dont nous rendons compte aujourd'hui ; car la section Ire de son *Introduction* contient et l'*histoire* du Code pénal dont il s'agit, et l'analyse de la partie *générale* (première partie) de ce Code [1]. Nous ne nous arrêterons pas sur la section II de la même *Introduction*, où est tracé, en forme d'appendice, le « tableau de l'organisation judiciaire de la Prusse. » Cette *organisation judiciaire* ne concerne d'ailleurs pas la province du Rhin, toujours régie, en cette matière, par la législation de l'ancien empire français [2].

A partir de 1826, dix projets de Code pénal pour la Prusse ont été successivement préparés par les soins du gouvernement ; quelques-uns de ces projets (1843 et 1847) soumis à l'examen des Etats provinciaux, et le dernier enfin (1851), voté par les Chambres législatives. M. Nypels fait remarquer que l'histoire de tant de travaux et de remaniements n'a pas encore été écrite d'une manière complète, et que pourtant elle offrirait un curieux sujet d'études et d'instruction, parce qu'on y suivrait dans toutes ses phases la lutte de systèmes et de principes contraires. En effet, d'une part, on voulait implanter dans le nouveau Code le droit criminel allemand, développé et éclairé par les remarquables travaux des jurisconsultes, et, d'autre part, on réclamait une large influence pour l'esprit du droit français moderne, resté en vigueur dans les diverses provinces Rhénanes (Prussienne, Hessoise et Bavaroise), où il avait jeté de profondes racines.

Les documents que nous avons déjà entre les mains, sur tous ces travaux préparatoires, montrent que l'antagonisme de doctrines dont nous venons de parler se manifestait notamment sur les deux points suivants : 1° La nature des peines ou châtiments à établir ; 2° l'étendue des pouvoirs à accorder au juge pour constater les crimes et délits, et appliquer la loi en conséquence. — Ainsi, relativement au premier point, la peine de

[1] Cette division sera expliquée plus loin.

[2] Il est à remarquer que la Prusse n'a pas non plus, aujourd'hui encore, de Code général *de procédure criminelle*. Les anciennes provinces, à cet égard, sont régies par l'ordonnance du 11 décembre 1806, dite *sur la procédure criminelle*, notablement modifiée aujourd'hui, en vertu de l'ordonnance du 3 janvier 1849 et de la loi du 3 mai 1852, qui ont introduit dans ces provinces la procédure publique et orale, avec le jury pour les matières criminelles.

mort pourrait-elle être aggravée dans certains cas, ou ne serait-elle jamais que la simple privation de la vie? Admettrait-on dans le nouveau Code l'emploi des châtiments corporels [1] pour la répression de certains délits? Y ferait-on figurer des distinctions sur la manière d'appliquer les *peines privatives de la liberté*, eu égard soit « à la noblesse du coupable, » soit « à ses « relations personnelles ou sociales? etc. » Conserverait-on la confiscation des biens, et pour quelle nature de crimes, etc.? Quant au second point, la tendance de l'esprit allemand était de tracer au juge sa marche autant que possible, de se défier de son pouvoir discrétionnaire, et de le soumettre à une sorte de discipline savante, en lui indiquant une longue série de circonstances et de faits auxquels il devait avoir égard pour l'application de la loi pénale. Dans la province du Rhin, on se préoccupait ardemment du désir de conserver les institutions judiciaires françaises, et par-dessus tout celle du jury; dès lors les Etats provinciaux s'y montraient opposés à tout ce qui, dans les nouveaux systèmes de droit criminel qu'on leur présentait, ne leur semblait pas en harmonie avec ces institutions. Aussi, conçoit-on que, à une certaine époque, des doutes se soient élevés sur la possibilité de faire un Code pénal unique pour l'ensemble de la monarchie. Mais M. Nypels nous apprend que cette abdication d'un grand projet fut combattue avec énergie par M. de Savigny, ministre de la justice (1843), qui maintint la nécessité et la possibilité d'un seul Code pour toutes les provinces. Chose remarquable de la part d'un homme qui, jadis, s'était montré l'adversaire de la codification en général, comme contraire au développement vrai, spontané et légitime du droit [2]!

En dehors même de la province du Rhin, l'opinion publique, à en juger par un grand nombre de pétitions adressées aux États provinciaux, semblait de plus en plus favorable à l'établissement d'une procédure criminelle *publique et orale*, avec l'*institution du jury* [3]. Mais on n'espérait guère voir ces théories se traduire dans les faits, du moins prochainement,

[1] La peine du fouet, ou autres semblables.

[2] Sans doute, en faisant sa théorie, il n'avait pas songé au droit pénal. On peut voir, à ce sujet, ce que dit Rossi, *Traité de droit pénal*, 2e édition, t. II, p. 369.

[3] *Mundlichkeit*, *Oeffentlichkeit* und *Geschwornengericht*.

lorsque la Révolution de 1848 vint rendre nécessaire et facile ce qu'il y avait eu de plus improbable, en transformant les institutions politiques de la Prusse, et, par contre-coup, son système de procédure criminelle. Dès lors, il devint aisé de s'entendre sur le reste. Dans un gouvernement constitutionnel, il ne pouvait plus guère être question de peines ou bizarres, ou d'une utilité contestable, ou empreintes d'inégalité et repoussées par l'opinion. D'un autre côté, l'influence de l'esprit français, une fois acceptée quant à la procédure criminelle, devait, par une nécessitée logique inévitable, atteindre aussi les dispositions du Code pénal. C'est ce qui est bientôt arrivé, et il paraît que tout le monde, ou à peu près, s'est trouvé d'accord à cet égard, puisque le projet définitif du Gouvernement, revu et corrigé dans le sens que nous venons d'indiquer, a été voté par les deux Chambres, presque sans discussion et en quelques séances.

Nous avons maintenant à donner une analyse du nouveau Code, formé de trois cent quarante-neuf paragraphes (ou articles[1]).

Nous y remarquons tout d'abord une division qui offre une très-grande analogie avec celle du Code français.

Ainsi, au début se présentent des *dispositions préliminaires* (*einleitende Bestimmungen*), à peu près de la même étendue que celles de notre Code, et dont plusieurs en sont presque la copie (art. 1 à 5). On y retrouve notamment le procédé législatif (tant critiqué jadis par Rossi), qui consiste à classer une infraction comme *crime* (*Verbrechen*) ou délit (*Vergehen*), ou contravention (*Uebertretung*), d'après le plus ou le moins de gravité de la peine établie contre l'infraction dont il s'agit. Mais on n'y voit pas figurer les règles sur la *tentative* en matière de crimes et de délits, cette matière faisant plus loin l'objet d'un *titre* spécial (le deuxième de la première partie, art. 31–33). — D'un autre côté, le législateur a placé dans ces premiers articles de son Code pénal ce qui a trait aux crimes et aux délits commis en pays étranger. La loi prussienne se montre ici, à l'imitation d'un grand nombre de lois modernes[2], beaucoup plus vigilante, plus

[1] Plus de cent articles de moins que dans notre Code pénal. Cette différence tient surtout à ce que, dans le Code prussien, il y a beaucoup d'articles d'une grande étendue, renfermant une longue série de propositions.

[2] Voir le savant rapport de M. Ortolan, adopté en 1847 par la Faculté de droit de Paris, *Revue de législation, etc.*, 1847, t. XXVIII, p. 198.

favorable aux intérêts communs de l'humanité et de la civilisation, que ne l'a été la loi française[1]. Il déclare que le Prussien qui a commis, hors du territoire du royaume, une action punie comme crime ou comme délit par les lois prussiennes, peut être poursuivi et puni en Prusse, pourvu que cette action soit également punie par les lois du lieu où elle a été commise[2]. Cette disposition n'est plus applicable « si les tribunaux étrangers ont statué sur l'infraction, par un jugement passé en force de chose jugée, et si la peine prononcée a été exécutée ou remise par voie de grâce. »

Le reste du Code se divise en trois *parties* ou livres. La première[3] comprend à elle seule à peu près tout ce que les auteurs appellent communément *partie générale*, c'est-à-dire : 1° l'ensemble des principes généraux qui règlent la nature des peines en matière de crimes et de délits ; 2° l'application de ces peines eu égard aux circonstances et aux personnes (tentative, complicité, excuses, concours des délits, etc.)[4]. Puis, comme dans le Code français, deux autres *parties* distinctes traitent, l'une des *crimes* et des *délits* en particulier, et l'autre des *contraventions ;* cette dernière contient à la fois les règles générales et les règles spéciales applicables aux contraventions[5].

Nous allons indiquer ici les points qui, dans cette *partie générale*, nous ont paru les plus importants et les plus dignes de remarque.

I. Les *peines principales* sont uniquement la mort, la privation de la liberté à vie ou à temps, et l'amende. On n'y voit donc

[1] Comp. l'article 7 de notre Code d'instr. crim.

[2] Chez nous, un projet de loi, ayant également pour objet la poursuite des crimes et des délits commis en pays étranger, a été préparé en 1850, sous la présidence de M. Rouher, ministre de la justice, par une Commission que M. Odilon-Barrot, son prédécesseur, avait formée le 22 août 1849. Nous avions l'honneur d'en être membre, et nous avons rendu compte de ses travaux dans les numéros du *Droit* des 26 juin et 6 juillet 1850. Plus tard, en 1852, un nouveau projet, différant peu du précédent, a été présenté au Corps législatif et adopté. Mais, par des motifs que nous ignorons, la promulgation de la loi n'a pas eu lieu, et on n'en a plus entendu parler.

[3] Intitulée : De la punition des crimes et des délits en général (*im Allgemeinen*).

[4] Ces deux objets sont placés chez nous dans deux *Livres* distincts (Ier et IIe du Code pénal).

[5] C'est ce qui a lieu aussi dans notre Code.

figurer ni la déportation, ni le bannissement. On y trouve en outre, mais comme *peines accessoires : A*, la dégradation civique (*Verlust der bürgerlichen Ehre*), soit perpétuelle, soit temporaire[1] ; *B*, certaines incapacités temporaires de moindre gravité ; *C*, la surveillance de la haute police[2] ; *D*, la confiscation spéciale.

II. Ce que nous appelons chez nous l'*interdiction légale* a été adopté par le Code prussien pour le cas de condamnation à la maison de force (*Zuchthaus*), peine qui peut être prononcée à vie ou à temps. En effet, d'après l'article 11, les condamnés à la maison de force sont « *pendant la durée de leur peine* incapables d'administrer leurs biens, etc. » et, par suite « placés sous tutelle, suivant les formes établies pour la nomination des tuteurs. » L'article ajoute que « il ne peut leur être remis, pendant la durée de leur peine, aucune portion de leur fortune ou de leur revenu[3]. »

III. La peine de mort doit être exécutée dans un lieu clos, soit à l'intérieur de la prison, soit ailleurs, sur une place où le public n'est pas admis, et en présence de certains témoins (V. art. 8).

IV. En matière de *tentative* (V. art. 31 à 33), le législateur a admis, en principe, le système du Code pénal français, avec la distinction qui y est faite (art. 2 et 3) entre les crimes et les délits. C'est l'abandon de l'ancienne doctrine du *droit commun allemand*, conservée dans tous les autres Codes de l'Allemagne, et qui refuse d'assimiler la tentative au crime ou délit consommé. Cette fâcheuse simplification, due peut-être à l'in-

[1] L'article 12, qui organise cette peine, est à peu près copié sur notre article 34. — L'article 73 indique, en outre, pour certains cas de *trahison*, une déchéance extraordinaire du droit de *disposer* à titre gratuit. (Comp. notre loi du 31 mai 1854, art. 3.)

[2] Remplacée, à l'égard des étrangers, par l'expulsion du pays.

[3] On reconnaît bien là tout le système d'*interdiction légale* organisé dans les articles 29, 30 et 31 du Code pénal français. Et nous pensons que M. Nypels ne manquera pas de corriger, conformément à ses idées actuelles et réfléchies sur ce point, ce qui lui est échappé de contraire dans son *Introduction* (p. 41, note 1). On aura soin de noter que la peine dite *Einschliessung*, dont l'application a lieu à des faits politiques, et aussi au duel, art. 164 et suiv. (elle correspond en ceci à notre *détention*), n'emporte point l'*interdiction légale*, de même qu'elle n'est jamais accompagnée de la *dégradation civique* proprement dite. (V. art. 13; comp. M. Nypels, *Introduction*, p. 38.)

fluence de l'esprit rhénan, a été amèrement reprochée au législateur prussien. Celui-ci, du reste (comme on a fait chez nous en matière de *recel*)[1], a reculé devant les conséquences extrêmes du principe par lui posé ; et lorsqu'il s'agit de crimes passibles de la peine de mort ou de la maison de force à vie, la tentative ne peut être punie que de la maison de force pour une durée de dix à vingt ans (art. 10 et 32).

V. Le législateur, s'occupant (Titre III) de la *participation* (*Theilnahme*) à un crime ou à un délit, distingue avec raison entre la participation *essentielle* (*wesentliche Theilnahme*), c'est-à-dire indispensable à l'exécution du fait, et la participation *non essentielle* (*nicht wesentliche*). Dans le premier cas seulement, la loi pénale applicable à l'auteur l'est également à celui qui a participé, soit au crime ou au délit, soit à la tentative punissable ; tandis que la participation *non essentielle* n'est passible que d'une peine moindre (art. 34 et 35 ; ce dernier modifié par la loi du 30 mars 1859).

Quant au *recel* lui-même, que notre Code a si étrangement puni comme *complicité*, il forme ici l'objet d'un Titre à part (Titre XX, art. 237-240), où l'on distingue diverses circonstances, et, entre autres, celle de l'*habitude du recel*, et aussi de la simple *récidive* de ce délit. Dans les nombreuses hypothèses que mentionne le Titre, parfois la peine descend jusqu'à un mois d'emprisonnement (art. 237)[2], avec certaines pertes de droits civiques, surveillance facultative, etc., et, dans les cas les plus *graves* (en y ajoutant même la circonstance de *récidive*), la peine ne peut s'élever au-dessus de vingt ans de maison de force[3].

VI. La prescription *de l'action publique* (art. 45 et 48) varie suivant la nature ou la durée de la peine dont les crimes ou les délits sont passibles ; la loi, à cet égard, détermine cinq diffé-

[1] Code pénal français, art. 62 et 63.

[2] Ou même à une semaine, s'il y a des circonstances atténuantes.

[3] Elle est de cinq ans à vingt ans, et encore sauf les adoucissements qui peuvent résulter de la déclaration des circonstances atténuantes. En France, avant la révision de 1832, on a vu (affaire Lecouffe) une femme *condamnée à mort et exécutée*, par application des articles 63 et 304 combinés, pour avoir recelé des objets *volés par son fils*, « sachant qu'un meurtre avait été commis sur la victime du vol, mais *ignorant que ce meurtre eût été commis avec préméditation !* »

rents délais, depuis trente ans pour les crimes qui emportent la peine de mort jusqu'à trois ans pour les moindres délits[1].

Mais, d'un autre côté, et à la différence de ce qui existe chez nous[2], « aucune prescription n'est admissible *contre les peines* prononcées par un jugement passé en force de chose jugée » (art. 40)[3].

Ainsi, on voit que la *prescription de l'action publique* a été réglée par le législateur prussien *dans le Code pénal*. et non comme chez nous, dans la loi de procédure criminelle. En effet, la prescription atteint le *fond* ou la *matière* du droit, et non pas seulement sa *forme* ou *le mode* de son application ; ce que de savants jurisconsultes ont exprimé par cette formule : « la prescription en matière répressive, comme en matière civile, appartient au droit *matériel* et non au droit *formel*[4]. » Tel est d'ailleurs le système admis dans tous les Codes de l'Allemagne.

VII. Le Code prussien ne contient pas de disposition *générale* sur l'admission des *circonstances atténuantes*. Il indique limitativement, dans le cours de sa deuxième partie, quels sont les crimes ou les délits à l'égard desquels les jurés ou les juges (suivant la nature de l'affaire) peuvent reconnaître (sans détermination de tels ou tels faits spéciaux) l'existence des *circonstances atténuantes* (*mildernde Umstände*), et, par suite, diminuer la durée de la peine[5], ou la remplacer par une autre d'une nature moins grave[6],

Sur cet objet, du moins, nous sommes heureux de pouvoir le dire, notre Code pénal actuel nous paraît décidément supérieur. Il va tout droit au but, sans distinctions subtiles sur les cas et les espèces, en attribuant d'une manière générale, au juré ou au juge[7], la faculté d'apprécier dans chaque cause les circon-

[1] Ces délais sont de trente, vingt, dix, cinq et trois années; comp. notre Code d'inst. crim., art. 637, 638 et 640.

[2] Code d'inst. crim., articles 635, 636 et 639.

[3] « Gegen rechtskräftig erkannte Strafen ist keine Verjährung zulässig. »

[4] Voir M. Nypels, *Introduction*, p. 44.

[5] D'ordinaire en l'abaissant au-dessous du *minimum* légal.

[6] Parfois le nouveau Code *spécifie* les circonstances qui devront faire adoucir la peine; ceci rentre alors, à vrai dire, dans la classe des *excuses* de notre droit français.

[7] Cette règle s'applique à tous les crimes en général, et même à tous les délits et contraventions prévus par le Code (art. 463 et 483).

stances atténuantes en faveur de l'accusé ou du prévenu. La loi pénale est ainsi devenue plus flexible, plus humaine, et par cela même, plus intelligente et plus *applicable* dans l'infinie diversité de faits que présentent les affaires criminelles. Combien de fautes scientifiques ne rachète pas un semblable principe ! Le législateur de Prusse nous paraît s'être mal à propos arrêté en chemin, lorsque, au lieu de laisser un libre cours à l'appréciation consciencieuse du juré ou du juge, il distingue sans raison suffisante et appréciable (selon nous du moins) entre les diverses infractions, pour admettre ou rejeter le tempérament dont il s'agit [1].

VIII. Voici maintenant les règles suivies en matière de *concours* (ou *cumul*) de plusieurs crimes et délits (art. 55 à 57), abstraction faite de la *récidive* proprement dite [2].

Le concours *idéal* ou *formel* (plusieurs lois enfreintes par un même acte) entraîne l'application de la loi pénale qui porte la peine la plus forte, et cette règle s'applique aussi aux contraventions (art. 337).

Dans le cas de concours *matériel* (plusieurs infractions successives), le Code admet, en principe, le *cumul des peines*, mais avec des adoucissements considérables en ce qui regarde les peines *privatives de liberté*.

Le *cumul* est toujours pleinement admis en matière de *contraventions* (art. 338) [3].

IX. La *récidive* n'est une circonstance aggravante que dans l'hypothèse où le condamné a commis de nouveau le *même* crime ou délit (*dasselbe Verbrechen oder Vergehen*) (art. 58). Du reste, en dehors de quelques cas assez rares, la *récidive* ne fait

[1] Conçoit-on, par exemple, la différence de vues que présentent, à cet égard, les articles 138 et 139 (*suppression d'état*, *bigamie*) et les articles 250 et 251 (*faux en écriture*)? Pourquoi l'admissibilité de circonstances atténuantes quant à ce dernier crime seulement, à l'exclusion des deux premier? Notre *Code de justice militaire pour l'armée de terre*, du 9 juin 1857, suit, nous n'avons pu comprendre pourquoi, une marche analogue à celle du Code prussien. N'est-ce pas là reculer? (Comp. le rapport de M. Langlais au Corps législatif sur le liv. IV, tit. 1er.)

[2] V., sur ce sujet intéressant, le chapitre remarquable de M. Ortolan, *Eléments de droit pénal* (liv. I, tit. IV, chap. 1).

[3] Conforme à la jurisprudence française, telle qu'elle a été fixée par l'arrêt de la Cour de cassation (Chambres réunies), du 7 juin 1842.

qu'*autoriser* le juge (sans l'y obliger) à dépasser le *maximum* légal, et encore est-il, à cet égard, renfermé dans des limites assez étroites. — L'aggravation résultant de la récidive ne peut plus être prononcée dix ans après que la première peine a été subie ou remise (art. 60).

M. Nypels pense que, au point de vue de la clarté, de la précision, et, en général, des qualités qui répondent aux besoins de la pratique, le Code prussien est supérieur aux autres Codes de l'Allemagne ; suivant M. Nypels également, le législateur prussien a eu la sagesse de consulter à propos un *bon modèle*, quant à la *forme*, c'est-à-dire quant au cadre des matières et à la rédaction. Ce *modèle*, on le devine sans peine, est notre Code français. « Quant au *fond*, dit le savant criminaliste belge, c'est différent. »

M. Mittermaier, de son côté (*Archiv für Preussiches Strafrecht*, t. VII, p. 14 et seq.), fait remarquer que le Code prussien sert lui-même aujourd'hui de modèle (comme jadis le Code bavarois de 1813) aux nouveaux Codes qui s'élaborent, particulièrement dans le nord de l'Allemagne. A. VALETTE.

Droit public et administratif romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain, du quatrième au sixième siècle (de Constantin à Justinien), ouvrage suivi d'un Mémoire sur le régime municipal en France dans les villages, depuis les Romains jusqu'à nos jours, par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Dijon, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats; **2 vol. in-8°. Paris, Durand, 1862. Prix : 16 francs.**

Il faut savoir gré à M. Serrigny d'avoir remis en honneur une étude depuis trop longtemps négligée dans nos écoles. Le premier et le dernier livre des Pandectes, la seconde moitié du Code de Justinien, la plus grande partie des Novelles, le Code Théodosien presque tout entier, cette masse énorme de textes reste complétement en dehors de l'enseignement de nos Facultés, trop exclusivement préoccupées du droit civil. Et pourtant ces textes ont été commentés par des maîtres illustres. Les travaux de Péréze sur le Code de Justinien, ceux de Godefroy sur le Code Théodosien peuvent soutenir la comparaison avec ceux de Cujas et de Pothier. Disons mieux, ils les complètent; car on ne peut pas bien comprendre le droit civil d'un peuple si on ne connaît en même temps son droit public et administratif, et l'un

et l'autre ont également servi de modèle à nos modernes législateurs.

Le plan du livre de M. Serrigny est celui de nos Traités de droit administratif. Il décrit d'abord tous les rouages de la machine administrative, au sommet de l'Etat, puis dans la province, puis enfin dans le municipe. Il fait connaître le régime exceptionnel des deux capitales, Rome et Constantinople; puis, abordant les divers services, il expose successivement les institutions militaires, ecclésiastiques, financières, économiques de l'empire. Domaine public, impôts, travaux publics, police, enseignement, jeux et spectacles publics, législation industrielle, condition des ouvriers et des laboureurs, tout y est passé en revue, et, après avoir lu cet ouvrage, on peut se faire une juste idée de ce qu'était l'empire romain. L'impression, il faut en convenir, est triste, et c'est bien à tort qu'on a voulu, de nos jours, réhabiliter un régime justement flétri par l'histoire. « L'étude des lois et de l'histoire du Bas-Empire, dit très-bien M. Serrigny, prouve que le régime créé par les empereurs romains était plus détestable encore que celui qui a suivi la conquête germanique. Nulle garantie n'existait pour les droits individuels sous le régime despotique et tyrannique de l'empire, et la fiscalité dépassait tout ce qu'il est possible d'imaginer. Nulle condition de personne n'échappait à la rapacité du fisc; et les sénateurs, les décurions, les colons et les artisans de toutes les corporations étaient rivés à leur chaîne et pressurés de toutes les façons; une solidarité ruineuse, désolante, écrasante, pesait sur tous les rangs et sur toutes les professions. La législation administrative et financière semble n'avoir qu'un but : poursuivre les hommes qui fuient leur état et leur condition pour échapper à l'impôt, afin de les contraindre à y rentrer. L'individu n'a aucun droit assuré, accablé qu'il est, partout et toujours, sous la force organisée pour l'oppression et la destruction de toute liberté. »

M. Serrigny compare avec raison la hiérarchie des rangs et des titres dans l'empire romain à ce qu'on appelle, en Russie, le *tchin*. Il aurait pu pousser la comparaison plus loin. L'armée romaine, notamment, se recrutait comme l'armée russe, et le colonat n'est autre chose que le servage. Il y a d'ailleurs un fait qui devrait donner à réfléchir aux admirateurs outrés de ce ré-

gime : c'est qu'après avoir passé des Romains aux Grecs du Bas-Empire, il a été transmis par ces derniers aux Turcs. Les procédés du despotisme sont partout les mêmes, et rien ne ressemble à un proconsul ou à un préteur comme un pacha.

Nous aurions voulu pouvoir signaler quelques rapprochements intéressants entre l'administration romaine et la nôtre. Le système de l'exonération du service militaire, la Caisse de la dotation de l'armée, celle de la boulangerie, sont des institutions toutes romaines. Il y en a bien d'autres encore, mais nous ne pouvons tout citer, et ceux de nos lecteurs qui voudront suivre cette idée jusqu'au bout devront lire en entier le travail de M. Serrigny.

L'auteur s'est montré en général fort au courant des résultats obtenus par l'érudition moderne. En prenant le commentaire de Godefroy pour base de son travail, il n'a pas négligé ceux de Bœcking sur la *Notitia imperii romani*, d'Orelli sur les inscriptions, de Rudorff sur les *agrimensores*. Toutefois, les excellents ouvrages de Walter sur l'Histoire du droit romain, de Zumpt, Mommsen, Léon Renier sur l'Epigraphie, auraient pu lui fournir encore un certain nombre de faits à recueillir [1].

Il ne nous reste plus qu'un vœu à former : M. Serrigny explique lui-même que c'est l'étude des lois barbares et des capitulaires qui l'a conduit à l'étude des Codes de Justinien et de Théodose ; c'est-à-dire à la véritable source de nos institutions. Ne serait-il pas intéressant maintenant de revenir à l'époque barbare, et d'y suivre la trace des institutions romaines modifiées par les coutumes germaniques ? Il y a là un travail à faire, qui n'a pas encore été fait en France [2], et pour lequel nul n'est aussi bien préparé que M. Serrigny. R. D.

[1] Les monuments épigraphiques ont été récemment mis à profit avec une rare sagacité dans un *Essai sur les municipes dans le droit romain*, par M. Georges Dubois, substitut du procureur impérial à Dreux (in-8°, Paris, 1862). Nous pouvons encore signaler deux bonnes thèses présentées récemment à la Faculté de Paris ; Levasseur : De pecuniis publicis quomodo apud Romanos quarto post Christum sæculo ordinarentur (1854), et Caillet : De ratione in imperio romano ordinando ab Hadriano imperatore adhibita (1857).

[2] Nous disons en France, car l'Allemagne possède la savante histoire de la Constitution germanique de M. G. Waitz.

DE LA FÉODALITÉ EN ESPAGNE.

(PREMIER ARTICLE.)

Dans l'histoire de l'Europe, au moyen âge, la féodalité n'est pas un fait particulier à telle ou telle contrée, c'est un fait général, c'est un mode d'organisation sociale affectant à la fois le droit public et le droit privé, le système de la propriété et la forme du gouvernement. La féodalité a pour essence propre l'incorporation de la souveraineté dans le sol, de telle sorte que la souveraineté et ses principaux attributs ne paraissent plus être qu'un accessoire de la propriété. Les formes plus ou moins féodales que nous retrouvons chez plusieurs peuples de l'antiquité et chez certains peuples modernes en dehors du continent européen, s'associent aux institutions et aux mœurs les plus différentes; toutefois, en y regardant bien, on y découvrirait aussi ce caractère normal, selon nous, de tout système féodal; une relation entre la jouissance du sol et l'obligation de rendre à l'Etat certains services, obligation qui implique aussi le droit de remplir certaines fonctions.

La féodalité européenne étant un fait général, un système juridique, économique et politique, reposant sur certaines notions connues, mais se prêtant aussi à des combinaisons très-variées, il en résulte que pour la comprendre il faut nécessairement comparer entre elles les diverses législations auxquelles elle a servi de base. Ce qui était incomplet, inachevé ici, avait eu son complément ailleurs; ce qui est inexplicable, obscur ou arbitraire chez tel peuple a sa source et sa raison d'être chez tel autre. La comparaison est comme le flambeau qui vient éclairer tour à tour chaque portion, chaque détail d'un édifice immense et infiniment compliqué.

Les systèmes féodaux que présente l'histoire de la législation européenne du cinquième au dix-huitième siècle seraient sans doute infiniment nombreux si l'on voulait prendre chaque pro-

vince, chaque coutume à part et s'arrêter à chaque divergence; mais il est utile de former dans cette diversité inépuisable des usages nationaux et locaux un certain nombre de groupes principaux, qui seront comme des genres qu'on pourra subdiviser ensuite, soit en espèces, soit en variétés.

Procédant de cette manière, nous répartirons tous les systèmes féodaux de l'Europe en trois grandes catégories, en trois groupes principaux, savoir :

1° Ceux qui appartiennent à la *féodalité primitive;* j'entends par là celle qui naquit dans l'empire franc, du mélange des institutions germaniques et des institutions romaines. Ce groupe se divise en deux branches, issues d'un même tronc, la féodalité française et la féodalité germanique; chacune de ces branches se subdivise également en deux; pour le droit français, les pays de coutume et les pays de droit écrit; pour l'Empire, le droit féodal allemand et le droit féodal lombard. Nous ne mentionnons pas ici les rameaux accessoires ou intermédiaires.

2° Dans un second groupe, je placerai ces systèmes féodaux qui sont comme des rejetons de la féodalité primitive, transplantés sur un sol étranger où ils se produisirent tout d'une pièce et tout d'un coup. Ils sont au nombre de trois, la féodalité anglaise et celle du royaume de Sicile, fondées toutes deux par les Normands vers le onzième siècle, puis celle du royaume de Jérusalem, fondée par les croisés, et dans laquelle on s'accorde à reconnaître le mieux le type abstrait que vise à reconstruire l'esprit généralisateur des juristes modernes [1].

3° Dans la troisième catégorie, je range les systèmes féodaux *incomplets*, c'est-à-dire ceux dans lesquels le principe de la féodalité n'a pas atteint un entier développement; la féodalité espagnole et la féodalité scandinave; elles se distinguent par un caractère opposé. En Espagne, l'élément romain, resté prépon-

[1] L'auteur de ces articles a traité spécialement de la *féodalité primitive* dans son *Essai sur la féodalité*, un fort volume in-octavo, publié dans les Mémoires de la Société d'histoire de la Suisse romande, 1858.

C'est en combinant le droit français, le livre des fiefs ou coutume lombarde, et les Assises de Jérusalem, que M. Pierre Odier a formé sa remarquable esquisse d'un droit féodal abstrait publiée dans la *Revue historique du droit français*, 1861, 5e livraison.

dérant, a arrêté à moitié chemin les progrès du principe féodal; dans les pays scandinaves, au rebours, c'est l'élément germanique qui, se maintenant pur de tout mélange romain, a évité en partie la transformation que l'inoculation du principe féodal tendait à lui faire subir.

Moins étudiés jusqu'ici que les systèmes qui appartiennent à la première catégorie, et qu'une partie de ceux que nous avons placés dans la seconde, les systèmes féodaux incomplets paraissent cependant, par leur originalité et le cachet d'une nationalité toute particulière qu'on y retrouve, mériter aussi quelque attention.

L'Espagne, comme les autres pays romands, avait été couverte par le flot de l'invasion barbare. Les Vandales passent les premiers comme un torrent rapide, puis les Alains et les Suèves, enfin les Visigoths y établissent leur monarchie.

La loi des Visigoths (*forum judicum*, *fuero juzgo*) atteste la puissante influence de l'Eglise sur les institutions de cet Etat, dont elle contribua beaucoup à consolider l'unité. Tous les peuples de l'Occident se sont développés à cette époque sous l'action, diversement combinée, de la race latine, de la race germanique et de l'élément chrétien. L'Espagne, constituée sur le type commun des Etats romands, n'a pas, durant la période barbare, des institutions juridiques fort différentes de celles des nations qui furent réunies sous le sceptre carlovingien. La constitution des Visigoths ne diffère pas très-sensiblement de celle des Francs ou des Burgondes, mais elle a plus d'analogie encore avec celle des anciens Lombards. Etant restée, à l'exception de la Marche hispanique (comté de Barcelone), étrangère à l'empire franc, la Péninsule ibérique ne participa pas aux révolutions politiques et sociales que subit cet empire, et dont sortit directement la féodalité. Pendant que ces mouvements s'accomplissaient dans l'Europe centrale, la conquête arabe faisait de l'Espagne presque entière une dépendance du vaste empire des califes. Cette domination de l'islamisme, qui a duré huit siècles, a donné à ce pays un caractère très-particulier; en ce qui concerne immédiatement notre sujet, elle a fixé, pour ainsi dire, au *fuero juzgo* le développement juridique de l'Espagne chrétienne, d'abord refoulée complétement dans les régions montagneuses du Nord. Dans le reste de la Péninsule, les Arabes ont apporté un qua-

trième élément social, qui, comme l'élément germanique, tend au fond à la dissolution de l'ancienne unité latine un moment restaurée par l'Eglise sous les Visigoths ; en revanche, un élément nouveau est opposé à l'élément germanique par le contraste des races et des religions. En somme, la longue superposition de la race arabe et maure sur la race barbare, déjà aux trois quarts romanisée, eut pour effet, malgré la répulsion qui existe entre les deux religions, de modifier profondément le caractère de la nation espagnole et de lui imprimer ce cachet d'originalité qui la distingue éminemment. Tout ce qu'il y avait dans la race arabe de brillant, de séduisant, d'aventureux et de fort, de capricieux et de tenace, de mou et de passionné, s'est communiqué aux autres habitants du sol. La présence d'un puissant adversaire contribua à maintenir l'unité morale de l'Espagne chrétienne.

Les débris des Visigoths, échappés aux Arabes, s'étaient réfugiés dans les montagnes des Asturies, où ils avaient élu, dans la forme barbare, leur roi Pélage, à ce que disent les traditions. Cette petite troupe de réfugiés portait en elle les destinées de la patrie. Toutes les provinces soumises au joug des Maures sympathisèrent avec elle, jusqu'à ce qu'elle finît par relever et affranchir la nation entière après des siècles de guerres, toujours vives, acharnées et chevaleresques.

Durant cette longue lutte, les éléments du système féodal se produisirent tantôt comme conséquence de circonstances propres à amener un tel résultat, tantôt par l'influence de l'exemple des pays voisins.

La féodalité ne s'est guère établie en Espagne que dans les provinces situées au nord de l'Ebre, où elle fut importée par les Francs après la bataille de Poitiers. Dans le reste du pays elle ne s'établit pas, par la raison que les terres affranchies du joug arabe étant déjà espagnoles, ceux qui en étaient en possession ne pouvaient en être dépouillés. En Castille, par exemple, les fiefs ne commencent à devenir héréditaires qu'au quatorzième siècle, c'est-à-dire au moment où dans une grande partie de l'Europe la féodalité entrait déjà dans son déclin ; et alors même, ce genre de possession n'acquit pas l'extension et la prépondérance qu'il avait obtenues ailleurs.

L'Espagne chrétienne s'est constituée avant les autres nations

de l'Europe sur le principe de l'égalité des races, les distinctions de classes n'y furent que politiques, la juridiction, ni la terre n'y entrèrent jamais complétement dans le système féodal.

Nous nous occuperons ici, soit des rapports juridiques dont la forme primitive a été l'esclavage, soit de ceux qui naissent proprement de l'engagement féodal. Nous examinerons ensuite ceux qui ont pour base les droits de justice, transformés en droits seigneuriaux.

Législation des Visigoths.

L'esclavage a existé chez les Visigoths comme dans les autres monarchies barbares, mais avec cette différence, qu'on n'y faisait aucune attention à la nationalité de l'esclave, tandis qu'ailleurs l'esclave d'origine germaine est au-dessus de l'esclave romain. L'influence de l'élément romain n'est pas favorable à l'adoucissement de l'esclavage. Vers la fin de la domination des Visigoths, l'accumulation de la richesse dans quelques mains et l'usage fréquent de la réduction en servitude employée comme châtiment avaient augmenté considérablement la classe des esclaves ; c'est ce que prouve entre autres cette loi du fuero juzgo qui veut que les propriétaires se fassent accompagner à la guerre par la dixième partie au moins de leurs esclaves.

Il y avait deux classes d'affranchis; ceux de première classe sont appelés *idonei*, par opposition aux *inferiores*, qui sont encore dans un état intermédiaire entre la liberté et la servitude. Les affranchis de première classe ont une composition double de celle des affranchis de seconde classe, et le privilége de ne pouvoir être mis à la torture.

Les Visigoths, comme les Lombards, appelaient *Aldes* (aldeani, rusticani) cette classe nombreuse de cultivateurs dépendants que les autres peuples germaniques connaissent sous le nom de *lites*. La condition de ces hommes, que le roi Recceswinthe qualifie de *vilissimi*, était une espèce de servitude réelle ou servage de la glèbe; elle a beaucoup de rapport avec celle des colons romains du Code Théodosien, et il est à présumer que la plupart des cultivateurs de la race vaincue subirent cette condition, très-rapprochée aussi de celle des affranchis de la seconde classe.

On trouve dans la législation des Visigoths le germe dont sortirent plus tard les bénéfices et les fiefs plutôt que la chose même. Une loi d'Euric, de la fin du septième siècle, montre que l'engagement du vassal ou compagnon n'était encore que le choix d'un chef, acte volontaire par lequel le guerrier germain engageait sa liberté, mais seulement d'une manière temporaire et en se réservant de quitter son chef quand il lui convient, en lui restituant ce qu'il en a reçu.

Le fuero juzgo désigne souvent les compagnons par le mot *buccellarius*[1], qui est l'équivalent du mot *conviva regis*, employé dans les lois des Francs.

Quelques passages semblent indiquer que les rois donnèrent quelquefois aussi des terres en bénéfices. Tel est celui où il est question de particuliers qui doivent avoir un cheval pour le service du roi et ne peuvent vendre leur terre sous peine de la perdre[2]. La difficulté consiste à savoir si ces particuliers appartiennent à la classe des hommes libres ou à celle des serfs fiscalins. Les grands propriétaires visigoths donnaient aussi des terres à charge d'en payer une rente. On reprenait la terre si la rente n'était pas payée[3]. La concession d'une terre contre une certaine rente constitue la censive et non le bénéfice, mais le titre III du livre v[4] s'applique bien au bénéfice militaire et maintient le droit du vassal de choisir un autre seigneur, en rendant la terre qu'il a reçue de lui. La loi 1re de ce même titre constate le droit du seigneur de marier la fille de son vassal si celui-ci n'a pas laissé de fils. Il ne paraît pas cependant que le bénéfice ni la censive aient eu chez les Visigoths un rôle très-important ; la propriété libre resta la forme normale[5].

[1] *Buccellarius*, de *buccus*, terme de basse latinité signifiant la bouche et dont on a fait *bachelier*. Ducange traduit *buccellarius* par *client* ; *verna qui patroni panem edit* ; l'épithète de *nutritus*, dans Grégoire de Tours, a exactement le même sens.

[2] « Nam plebis glebam suam alienandi nulla unquam potestas manebit. » (Loi 19, tit. IV const.)

[3] Voir loi 11, tit. I, liv. IX, et lois 5, 6 et 7 du même titre, sur ceux qui occupent la terre d'autrui.

[4] « De lo que dan los omnes a los que los ayudan. » (Tit. III, l. v.)

[5] Comme en Espagne, dans la Gaule méridionale, et même en Italie, l'alleu est resté la forme dominante de la propriété immobilière. C'est en cela principalement que les jurisconsultes ont reconnu la prépondérance

On ne trouve pas non plus chez ce peuple cette transformation des fonctions publiques en droits de propriété privée si fréquente dans l'empire franc. Les droits du prince et de l'Etat se sont mieux maintenus, et l'aristocratie, bien que jouissant de priviléges politiques considérables, ne parvint pas à démembrer, à son profit, le pouvoir féodal. En cela se manifeste visiblement l'influence prépondérante exercée par l'élément romain.

Les seigneurs (*ricos ombres* [1]) n'eurent donc aucune juridiction civile ou criminelle, mais seulement la juridiction patrimoniale que le maître exerce dans sa maison et sur ses serviteurs. Bien plus, tous les juges étaient nommés par le prince ; il choisissait les ducs placés à la tête des provinces, les comtes, les gouverneurs des cités, et même les juges ecclésiastiques. « Personne, dit la loi [2], ne doit juger au plaid sans mandat du prince, à l'exception des juges arbitres et de ceux qui ont reçu commission, à cet effet, d'un magistrat public. »

Royaume de Castille et Léon.

La monarchie des Visigoths périt, moins par l'effet de l'anarchie que par une sorte d'affaiblissement intérieur, qui la livra sans défense au choc impétueux de la conquête musulmane.

L'histoire des Etats chrétiens de la péninsule espagnole se divise dès lors en deux branches principales : celle de Léon et Castille et celle de Navarre et Aragon, à laquelle se rattacha bientôt la Catalogne, démembrée de l'empire franc. Les autres provinces se rattachent toutes à la première branche. Ces deux branches, séparées durant tout le moyen âge, ne se réu-

du droit romain, aussi ont-ils coutume de dire : *Lex romana mater allodiorum*, la loi romaine est la mère des alleux, adage qui n'est pas rigoureusement vrai, car l'alleu est la forme primitive de la société barbare ; mais le droit romain a maintenu la propriété romaine qui a les caractères de l'alleu.

[1] *Ricos ombres*, hommes riches, puissants, grands propriétaires, du mot germanique *reik*, dont la terminaison se retrouve dans un si grand nombre de noms propres d'origine gothique. Le *rachimburg* des Francs a exactement le même sens et la même étymologie, mais les ricos ombres forment, en Espagne, une classe plus élevée relativement que celle dans laquelle on choisissait les rachimburgs ou *boni homines*, et plus tard les échevins.

[2] Loi 13, tit. I, liv. II.

nirent que sous Ferdinand et Isabelle, moment où, la domination des Maures ayant perdu avec Grenade sa dernière retraite, l'unité espagnole parvient à son point d'accomplissement.

Nous nous attacherons d'abord à l'histoire des institutions des royaumes de Castille et de Léon; ensuite nous jetterons aussi un coup d'œil sur celles des contrées qui appartiennent à la seconde branche.

La constitution du royaume des Asturies et de Léon, premier berceau de l'indépendance espagnole, est basée sur celle des Visigoths. Les chroniques les plus anciennes portent que Alonzo Ier rétablit à Oviedo le gouvernement, *avec les mêmes formes* qu'il avait autrefois à Tolède. Le fuero juzgo continua donc d'être le code général des Espagnols, qui repoussèrent le joug de l'islamisme. Jusqu'au dixième siècle, ils sont encore très-resserrés dans l'angle nord-ouest de la Péninsule. Leurs assemblées nationales qui, sous les Visigoths, portaient le nom de *conciles*, comme un signe de la grande influence de l'Église sur le gouvernement de la nation, commencent vers cette époque à prendre celui de *cortès*[1]. Du reste, elles sont encore composées, comme sous les Visigoths, des évêques et des seigneurs.

Martinez Marina[2] contredit très-nettement l'opinion de Robertson[3], qui croit que la féodalité a existé en Espagne comme ailleurs; il va jusqu'à soutenir qu'elle n'exista jamais dans les institutions de ce pays.

La vérité se trouve, selon nous, entre ces deux extrêmes. La féodalité a existé en Espagne, mais avec un caractère tout à fait spécial, principalement dans les royaumes de Léon et Castille; car, en Aragon et surtout en Catalogne, où l'influence franque fut plus durable, nous reconnaîtrons déjà plus d'analogie avec les institutions féodales du reste de l'Europe.

Du septième au onzième siècle, l'histoire de Castille et de

[1] *Cortès* n'est autre chose que la traduction de *curia*, corte, cour, tribunal.

[2] Martinez Marina, auteur de l'*Ensayo historico-critico sobre la legislacion de los reinos de Leon y Castillo* et de plusieurs autres ouvrages du même genre, est considéré comme le promoteur du mouvement scientifique qui a porté de nos jours nombre d'Espagnols d'une intelligence distinguée et d'une érudition consciencieuse vers l'étude de l'histoire de leur droit national.

[3] *Histoire de Charles-Quint.*

Léon, aussi bien que celle de la branche orientale, est tellement enveloppée de ténèbres, tellement dépourvue de sources positivement historiques, que l'on en est réduit aux conjectures sur tout ce qui concerne l'histoire des institutions ; mais, à partir de cette époque, où règnent sans partage les traditions poétiques plus ou moins fabuleuses, on commence à s'apercevoir qu'un changement notable s'est opéré dans les rapports juridiques et sociaux. Des usages qui n'existaient pas du temps des Visigoths se sont introduits peu à peu. La seigneurie territoriale apparaît de nom et de fait, les seigneurs, par une conséquence naturelle de l'état de guerre continuelle dans lequel on a vécu, ayant acquis plus de pouvoir qu'ils n'en avaient eu sous les rois visigoths, toujours jaloux de leur autorité. La servitude de la glèbe remplace de plus en plus la servitude personnelle, restreinte maintenant aux captifs de la race maure, tandis que la glèbe paraît être la condition de la majeure partie des cultivateurs. La coutume des défis et des combats judiciaires a aussi remplacé généralement la jurisprudence minutieuse et sévère du fuero juzgo. En un mot, on voit clairement par l'examen des plus anciens monuments législatifs ou autres, que vers le onzième siècle le système féodal, qui régnait sans obstacle au nord des Pyrénées, s'est introduit aussi au sud, mais pour s'y développer d'une manière toute spontanée, sous l'influence de circonstances fort différentes de celles qui existent ailleurs.

A la fin du onzième siècle, les victoires d'Alphonse VI, qui reconquit Tolède, l'ancienne capitale des Goths, augmentèrent considérablement la monarchie castillane. Pour repeupler les provinces désolées par la guerre, il fallait engager les hommes à se livrer aux travaux de l'agriculture et de l'industrie. Tel fut le but des *fueros* [1], c'est-à-dire des franchises données aux villes et aux bourgs. Ces fueros se multiplièrent justement sous le règne d'Alphonse VI, bien que quelques-uns soient encore plus anciens. Par ces priviléges, les habitants d'une ville étaient autorisés à se réunir en assemblée, à former un conseil chargé de l'administration, à élire leurs propres juges, et à posséder des

[1] *Fueros* est la traduction de *forum*, que notre langue juridique a traduit par *for*, et qui, dans un sens dérivé, a été pris pour coutume, usage suivi devant certain tribunal ou dans certaine localité.

terres et d'autres revenus, en payant au roi un impôt modéré, et sous l'obligation personnelle du service militaire. Les fueros n'étaient du reste pas destinés à modifier la loi fondamentale du royaume, qui était toujours le fuero juzgo.

Toutefois l'examen des plus anciens d'entre eux, et même un acte législatif encore bien antérieur, les décrets d'un concile séant à Oviedo, en 873[1], nous prouvent que des usages qui dérogeaient à l'ancienne loi des Goths s'étaient établis généralement pendant la période agitée que l'on venait de traverser.

Ces usages qui, du septième au onzième siècle, modifiaient la loi gothique, et à la formation desquels la violence et l'usurpation eurent sans doute une grande part, ne sont autres que les *fueros malos* (mauvaises coutumes) que les fueros royaux avaient pour but de remplacer[2] Par tous les genres d'oppression et d'exaction que les fueros interdirent, on peut se faire une idée assez juste de la misérable condition des populations avant l'époque qui les a précédés.

[1] Ces actes du concile d'Oviedo sont rapportés par le père Florès y Risco dans l'*Espaŋa sagrada*. On y voit qu'Alphonse II, dit *le Chaste*, ordonna le rétablissement de la législation gothique, ce qui prouve que déjà, vers la fin du neuvième siècle, cette législation avait été négligée et plus ou moins abandonnée un siècle et demi plus tard. En 1020, Alphonse V et sa femme Geloire réunirent en concile à Léon les évêques, abbés et grands laïques du royaume, et cette assemblée promulgua diverses lois générales et d'autres particulières à la municipalité de Léon; or, le père Mariana rapporte que ces lois réformèrent la législation des Goths, mais sans toutefois l'abolir. Il est avéré en effet qu'en tout ce qui concerne le droit privé, et en partie le droit pénal, le fuero juzgo est resté en vigueur jusqu'au Code des Siete Partidas, ainsi jusqu'à Alphonse le Sage. Quant au droit public, il fut de plus en plus modifié par la coutume et les fueros municipaux. Les ordonnances du concile de Léon commencent par cinq canons relatifs au gouvernement de l'Eglise; du huitième au vingtième, ce sont des lois civiles; viennent ensuite quarante-neuf lois particulières à la ville et à son district. Les actes du concile de Léon sont connus sous le nom de fuero de Léon; c'est là le plus ancien fuero du royaume de Castille, du moins aux yeux de ceux qui n'admettent pas que le fuero dit *fuero viejo* ou *fuero dos hidalgos* ait été donné déjà une quarantaine d'années auparavant par le comte Sancho Garcia. Je partage entièrement cette opinion.

[2] Les *malos fueros* sont purement coutumiers. Le comte de Castille Sanche Garcia, auquel on a attribué le fuero viejo, est appelé par opposition le comte des bons fueros.

Condition des personnes et des terres.

Pour comprendre la révolution qui s'est opérée dans la condition des personnes et des propriétés peu après l'invasion, il faut se rappeler qu'il se fit un grand vide de population, et que de vastes étendues devinrent vacantes. Les territoires conquis peu à peu sur les Maures se partageaient, dans des proportions convenues, entre le roi, les chefs, les soldats et l'Église. Ici, l'on fonda de nouveaux monastères; là, des domaines royaux. Sur les frontières, de hardis aventuriers, profitant des discordes des conquérants qui, de bonne heure, commencèrent à se diviser et à guerroyer entre eux, pour élever des châteaux sur les points dont la défense était le plus facile. Des populations entières furent alors données, soit à des particuliers, soit aux couvents, et nombre de documents contenant de telles cessions remontent au neuvième siècle. Le roi n'est qu'un chef militaire qui, sans cesse, a besoin des autres chefs. Un germe permanent d'indiscipline et de rébellion, conséquence d'un tel état de choses, tenait en échec le pouvoir central et servait merveilleusement les desseins ambitieux de l'aristocratie.

La manière dont le système féodal s'est introduit explique seule comment la condition des personnes et des terres se montre, après la conquête, assez distincte de la souveraineté, sans toutefois présenter exactement les formes féodales, telles qu'elles existent dans les autres pays de l'Europe, dans le même temps.

Les fueros du onzième et du douzième siècle reconnaissent quatre classes principales de personnes : les *ricos ombres*, ou *nobiles;* les *hidalgos*[1], appelés en latin *ingenui;* les *pecheros*[2] ou *villanos,* qui se rapprochent des colons ou tributaires de l'em-

[1] Hidalgos vient d'*adalingi* qui, chez les Goths, comme chez les Lombards, signifie nobles, ingénus, hommes libres, dans toute l'étendue du terme; l'étymologie tirée de hijos (fils) et *algo,* possession, bien, fortune, semble moins naturelle; celle de *hijos gothorum,* quoique acceptée généralement, est contraire à toutes les règles reçues en pareille matière; l'accouplement des deux langues dans le même mot est un fait sinon monstrueux, au moins très-rare et très-exceptionnel.

[2] *Pecheros* dérive évidemment de *pecha,* tribu, il est synonyme de *tributaire;* c'est probablement de *pecheros* que la langue d'oc a fait *pécaira.*

pire franc, et les *servos*, qui représentent les esclaves et les serfs de la glèbe.

Les anciens fueros mentionnent aussi quatre sortes de possessions (*mundaciones*) : la possession de *realengo*, ou bien royal; d'*abadengo*, ou bien d'église; de *solariego*, terre d'un homme libre cultivée par des pecheros, et enfin la possession de *behetria*, dont la nature, jusqu'ici assez incertaine, sera bientôt l'objet d'ultérieures explications.

La classe des *ricos ombres*, qui remonte au temps des Goths, constitue plutôt une aristocratie de propriétaires qu'une aristocratie d'employés ou de leudes. Pendant les guerres de la *reconquista*, les ricos ombres acquirent par leurs armes des domaines et des châteaux, et c'était naturellement dans leurs rangs qu'on choisissait les chefs des provinces et des villes.

Les Siete Partidas [1] appliquent l'épithète de *noble* au descendant de père et de mère hidalgos, tandis que le fils d'un hidalgo et d'une plébéienne sera hidalgo, mais non pas noble; cette classe correspond aux *infanzones* d'Aragon, terme dont le sens naturel est bien *ingenuus*. Ceux qui, sans être proprement esclaves, n'appartiennent pas aux deux premières classes, rentrent dans celle des *pecheros* [2], catégorie très-nombreuse, dont nous décrirons la condition en parlant des possessions sur lesquelles elle était établie. Quant aux *servos*, les guerres continuelles avec les Maures, dans lesquels on faisait des captifs, firent durer leur existence plus longtemps que dans d'autres contrées. Dans la législation d'Alphonse le Sage, il y a encore un titre qui traite des esclaves et défend, entre autres, aux Maures et aux Juifs de posséder des esclaves chrétiens. Probablement les dispositions dont il s'agit avaient en vue des pays nouvellement conquis.

Après chaque expédition heureuse, le roi gardait pour sa part les châteaux et les terres des chefs vaincus et la cinquième partie du butin ; la plupart des domaines de *realengo* eurent pour ori-

[1] Vaste compilation rédigée par les ordres d'Alphonse X, dit Alphonse le Sage, vers le milieu du treizième siècle.

[2] Ils sont appelés quelquefois *villanos*, habitants des villa, ou bien *meschinos*, petites gens. Dans les documents en latin, on traduit le mot *pecheros* par *juniores*, expression qui, ailleurs, signifie vassaux. Mais on voit déjà que les juniores espagnols ne correspondent pas aux vassaux du reste de l'Europe, qui forment partout une classe privilégiée.

gine de telles expéditions. Le roi, dont la part dut être quelquefois fort considérable, donnait souvent comme récompense aux chefs qui avaient combattu sous ses ordres la jouissance de ces domaines, mais il lui était interdit de les aliéner. Depuis le treizième siècle, la loi qui prescrivait le retour à la couronne des terres concédées par elle, cessa d'être respectée. Oubli qui eut pour effet d'accroître l'orgueil des grands tout en appauvrissant l'État. L'Église eut aussi sa part des fruits de la victoire, surtout dans les premiers siècles de la guerre de l'indépendance. Non-seulement les rois, mais aussi les particuliers lui firent de riches dons de terres. L'Église, de son côté, n'était pas moins habile qu'ailleurs, soit à cultiver, soit à mettre à profit les dispositions de l'opinion en sa faveur.

Le domaine de *solariego* est proprement le pouvoir du maître de la terre sur les colons tributaires (pecheros) qui cultivent le sol; ce rapport peut se rencontrer, soit sur des biens royaux, soit sur des biens d'église, soit sur des possessions appartenant à des personnes de la classe des ricos ombres ou de celle des hidalgos. Le terme de *seigneurie* (*señoria*) que l'usage applique à cette sorte de possession désigne en Espagne un rapport de propriété privée[1]. La seigneurie de solariego suppose un double rapport, rapport personnel et réel, la propriété d'un fonds, et des droits sur ceux qui le cultivent. La présence de cultivateurs soumis à des obligations envers le maître de la terre est de l'essence du domaine de solariego.

En quoi consistent ces obligations? La principale est le tribut appelé *infurcion*, qui se payait par feu, soit en argent, soit en nature. Les autres rappellent, pour la plupart, des obligations analogues, imposées aux vilains et aux serfs dans le reste de l'Europe. Telle est la *mincion* on *nuncio* (ménage), qui est la mainmorte ou droit de meilleur catel. Ainsi, à la mort du colon, les enfants donneront au propriétaire la meilleure brebis du troupeau. Si le colon meurt sans enfants, le propriétaire hérite de tout, en vertu du droit appelé *munneria*[2].

Le *conducho* (conduite) correspondait à ces *tractoriæ* et *an-*

[1] Pour dire du laboureur qu'il fait siens les fruits de la terre qu'il cultive, la loi se sert du mot *enseñorare*, et *señor* est pris exactement en espagnol dans l'acception de *dominus*.

[2] *Munneria* signifie proprement stérilité.

gariæ, si redoutées des populations à l'époque carlovingienne. C'est le droit qu'a le seigneur en tournée ou en voyage, de se faire livrer par les gens de ses terres ce qui est nécessaire pour lui et pour sa suite ; il est l'objet de règlements assez minutieux dans l'ordonnance d'Alcala de 1348. Ce sont là les droits de seigneurie les plus importants et les plus répandus ; d'autres variaient selon les lieux et les contrats.

Les colons solariegos doivent-ils être assimilés aux serfs ? Nous pensons qu'en droit, quelle qu'ait pu être la similitude des faits, leur condition était différente et meilleure. Quelques auteurs, entre autres Bergunza, leur attribuent la qualité de personnes serviles, mais le plus grand nombre sont d'avis opposé, et, ce qui est décisif à nos yeux, d'après les Siete Partidas[1], le solariego peut quitter le *solar*, la terre, quand il lui plaît, avec tous ses meubles ; seulement il ne peut rien réclamer pour améliorations qu'il aurait faites au fonds. Il faut pourtant reconnaître que cette disposition est un progrès considérable pour les colons, puisque, d'après le fuero de Léon[2], le solariego qui quitte son seigneur pour en prendre un autre perd, avec sa tenure, la moitié de ses biens. Le fuero viejo[3] ajoute que cette règle s'applique depuis le Douro jusqu'en Castille, mais qu'ailleurs le seigneur peut s'emparer de tous les biens de son solariego sans qu'il puisse rien réclamer.

La quatrième sorte de possession à laquelle on donnait le nom de *behetria*, a donné lieu à beaucoup de controverses entre les savants espagnols ; on suppose que ce mot, hors d'usage depuis longtemps, a été une abréviation de *benefactorium*, au pluriel *benefactoria*, et l'on en a conclu qu'il s'agissait ici de bénéfices ; il ne paraît pourtant pas qu'il en soit ainsi.

La loi des Siete Partidas, citée plus haut, la définit en ces termes : « La *behetria* est un héritage dont le possesseur peut choisir pour seigneur celui qu'il croit devoir lui procurer le plus

[1] Loi 3, tit. XXV, part. 4.

[2] Ch. IX. Ce *fuero* est de deux siècles et demi antérieur aux *Siete partidas*.

[3] Tit. VII, liv. I. « Sinque esto por ello perda decir a fuero ante ninguno ; » c'est le pendant de l'adage français : Entre le vilain et son seigneur, il n'y a de juge, fors Dieu.

d'avantages[1] ; et elle ajoute que le seigneur en behetria peut prendre le *conducho*, mais à charge de payer ce qu'il a pris dans les neuf jours, sous peine de restitution au double et d'amende.

Le fuero viejo[2] entre dans divers détails relatifs au conducho à prendre dans les terres en behetria, mais ne s'explique point sur la nature du rapport juridique. Les commentateurs de cette dernière loi, *Asso* et *Manuel*, ont cherché à éclaircir ce point si obscur à l'aide d'un passage de la chronique du roi don Pèdre, de Pedro Lopez de Ayala. Cet ancien auteur raconte qu'en certains lieux de Castille, les *vecinos* (habitants) peuvent prendre leurs seigneurs où il leur plaît, et que ces lieux sont pour cela nommés *behetria de mar à mar*. Mais, ajoute le chroniqueur, il y a d'autres behetrias qui doivent choisir leur seigneur dans certaines familles, il nomme ensuite différents lieux de behetria et suppose qu'ils auront été enlevés aux Maures par des chevaliers étrangers qui seront, dès lors, retournés dans leur pays ; c'est pourquoi ces lieux sont appelés *de mar à mar*.

Il dit encore que le roi Alphonse XI, père de don Pèdre, a réglé ce que doivent payer les lieux de behetria dans l'ordonnance d'Alcala, et que don Pèdre lui-même avait toujours avec lui un livre intitulé le livre *del Becerro* qui contenait l'indication des lieux de behetria, de leurs redevances et de tout ce qui les concerne. Partant de cette hypothèse, les commentateurs du fuero viejo considèrent les behetrias comme une sorte de possession exceptionnelle qui aurait pris naissance accidentellement pendant les guerres de la *reconquista*.

Il est, cependant, assez visible, par la place que les behetrias tiennent dans les lois, et par la manière dont ces lois s'expriment à leur égard, qu'il ne s'agit pas ici d'un accident, mais bien d'une

[1] Loi 111, tit. XXV, part. 4. Gregorio Lopès ne paraît point avoir saisi le sens de ce passage.

[2] Tit. VIII, loi 1. Le père Burriel attribue l'origine de ce fuero au comte Sancho Garcia, qui vivait à la fin du dixième siècle, et son opinion a été suivie par Asso et Manuel, mais Martinez Marina la réfute victorieusement ; selon cet auteur, le fuero viejo est contenu dans sa forme primitive dans le fuero de Najera (de 1075) ; il remonterait donc seulement au règne d'Alphonse VI. Il aurait été remanié sous le règne d'Alphonse VIII, et sa rédaction actuelle aurait eu lieu en 1394, sous le règne de Pierre le Cruel.

forme générale et normale du droit de propriété, opposée à cette autre forme également générale que l'on nomme solariego.

Rien n'indique non plus que la possession en behetria soit une innovation de l'époque des fueros, puisque le fuero de Léon, le plus ancien de tous, mentionne les behetrias comme une coutume déjà bien établie.

L'explication d'*Asso* et *Manuel* repose sur cette idée assez répandue, que, dans notre civilisation moderne, la servitude est le point de départ, l'inverse serait bien plus près de la vérité, surtout dans un pays où le noyau de la résistance aura été formé par une poignée de guerriers réfugiés dans des montagnes inaccessibles. Comparée à la possession de solariego, on doit reconnaître que la behetria est la possession dans laquelle le possesseur de la terre jouit de la plus grande liberté, puisqu'il peut changer de maître à volonté et, selon l'expression énergique de Lopès de Ayala, « jusques à sept fois dans un jour. » En outre, plus l'on remonte haut, plus la différence à l'avantage de la tenure en behetria est marquée. En effet, le fuero de Léon [1] statue expressément que le tenancier en behetria peut aller librement où il veut, droit qui n'appartenait pas encore au solariejo. Le même fuero, chose bien remarquable, assimile, en quelque sorte, le tenancier en behetria au noble, dans un passage où il interdit à ces deux classes d'hommes d'acquérir le bien d'un solariego.

Une institution juridique avec laquelle la behetria aurait, croyons-nous, plus de ressemblance qu'avec le bénéfice, serait la recommandation. Car, dans la recommandation aussi on voit un propriétaire libre se choisir volontairement un seigneur pour en obtenir protection. Le savant auteur des Mémoires d'Alphonse le Sage, le marquis de Hundejar, avait déjà fait ce rapprochement, et il oppose nettement aux vassaux à titre de bénéfice les vassaux de behetria et de *recommandation* [2].

Il faut cependant remarquer deux différences notables entre la behetria et la recommandation. La première, que le choix du

[1] Canon 13 : « Que ningun noble, ni vecino de behetria, pudiere comprar el solar, ni huerto d'algun feudatario, sino solamente la medad del terreno que se le habiese aumentado. » Nous avons vu que le fuero de Léon était du commencement du onzième siècle.

[2] *Los vasallos de behetria y de encomienda;* l'auteur cite pour autorité don Alonzo de Carthagène.

seigneur semble provenir, en Espagne, de la communauté des habitants d'une localité ; la seconde, que les habitants, après avoir choisi leur seigneur, conservent le droit, tout à fait inconnu partout ailleurs, de le renvoyer et d'en élire un autre.

Nous inclinerions donc à voir dans cette tenure bizarre le mode de possession le plus ancien dans les contrées qui restèrent exemptes de la conquête arabe. Les descendants des Goths, reprenant, en quelque façon, une ancienne coutume de leurs ancêtres, auraient commencé par choisir librement leurs chefs militaires et civils, tout en se liant à eux par un engagement personnel de fidélité. Cette hypothèse n'a, du moins, rien qui ne se concilie avec la manière en laquelle les choses ont dû naturellement se passer au début, dans les premiers Etats chrétiens. Ce n'est pas lorsqu'ils étaient entourés, de toutes parts, d'ennemis supérieurs en nombre, que les chefs espagnols avaient le loisir de songer aux moyens d'opprimer leurs compagnons d'armes, afin de les réduire en servitude. Dans la suite, au contraire, l'Etat s'étant fortifié et accru, les chefs se bâtirent des forteresses sur le territoire arraché à l'ennemi, et ils y trouvèrent d'anciens habitants demeurés fidèles à la foi chrétienne, qui acceptèrent comme une délivrance la protection et même la domination de leurs compatriotes victorieux.

Plus tard encore, au douzième et au treizième siècle, les seigneurs castillans, enrichis et enorgueillis par le succès, ne furent peut-être pas fâchés de laisser oublier l'origine d'une institution qui leur rappelait que leurs ancêtres n'avaient dû leur rang qu'au libre choix de leurs concitoyens. Les rois partagèrent les mêmes idées que les grands à l'égard de cette antique institution et voilà pourquoi les Siete Partidas [1] interdisent formellement de constituer de nouvelles behetrias sans la permission du prince. *Berganza* nous apprend même que des behetrias furent réduites à la condition de tenures en solariego. Il explique ce fait, remarquable à notre point de vue, par les effets du droit de *munneria ;* mais comme il s'agit ici de communautés et non d'une simple famille, cette explication montre qu'il ne s'agit ici que d'un prétexte plus ou moins plausible pour couvrir de véritables usurpations, car il est peu

[1] Passage cité.

probable que toutes les familles d'une communauté se soient éteintes sans laisser de postérité.

La disposition des Siete Partidas[1] qui statue que dans les behetrias le roi a droit à la moitié de ce que retirent les hidalgos de leurs tenanciers, comparée à celle du même code qui statue que le roi ne peut percevoir dans les terres en solariego que *la moneta*[2], droit fort insignifiant, est encore un indice puissant en faveur de l'ingénuité originelle des tenanciers en behetria. Ici le roi est le véritable seigneur, le vrai propriétaire. C'est aussi pour cela que le livre del Becerro contenait l'énumération exacte de toutes les terres possédées en behetria. Observons encore qu'on a conservé le souvenir de plusieurs procès soutenus par des localités auxquelles on a contesté le droit de behetria, et qu'on voulait faire envisager comme terres de solariego[3].

La principale charge imposée aux hommes de behetria était la *martinenga* (tribut de la Saint-Martin) qui se partageait entre le roi et le seigneur, et la *fontadera*, qui est notre chevauchée; une redevance pouvait, dans certains cas, tenir lieu du service effectif. L'infurcion, en revanche, qui est l'obligation principale des colons de solariego, n'existait pas dans les terres de behetria. La proposition d'abolir les behetrias par une mesure générale paraît avoir été faite déjà sous le règne de Pierre le Cruel, aux cortès de Valladolid de 1351; elle échoua, mais fut renouvelée aux cortès de Toro sous le règne d'Henri de Tanstamare, et passa définitivement sous le règne de don Juan II; alors que l'aristocratie castillane avait grandi aux dépens de la couronne même, et que le caractère primitif de cette antique institution était tombé, dès longtemps, dans l'oubli, et l'institution elle-même en désuétude.

[1] Passage cité.

[2] *La moneta* est un impôt léger que percevait le roi en signe d'aveu de son domaine éminent. Voir Siete Partidas, loi 10, tit. XVIII, part. 3. Il a été aussi appelé *martinenga*.

[3] Asso et Manuel citent divers exemples de behetrias transformées en solariego, tous se trouvent dans les anciens Etats chrétiens et non dans les provinces conquises postérieurement. Riasso dans l'évêché de Burgos présente le cas singulier d'une terre qui est tout à la fois realengo, abadengo, behetria et solariego.

Fueros municipaux.

Les rapports juridiques touchant les personnes et la terre, que nous venons d'exposer, avaient pris naissance pendant les trois siècles qui suivirent la conquête arabe. Sur cette base, s'appuient de nouveaux faits sociaux à quelques égards opposés, le mouvement communal, dont le caractère est avant tout démocratique, et le développement de la féodalité.

Dans les contrées franco-germaniques le développement féodal a précédé de beaucoup le mouvement communal du douzième siècle ; en Espagne, il n'en est pas ainsi.

La féodalité a posé, il est vrai, d'assez bonne heure, quelques germes dans les rapports sociaux de ce pays ; elle a, peut-être, provoqué le mouvement municipal par des abus qui lui sont propres ; mais, d'un autre côté, le mouvement municipal espagnol a précédé un peu celui des autres pays de l'Europe, et il est décidément antérieur au développement des institutions féodales de l'Espagne même.

Déjà au onzième siècle, la nécessité de repeupler cette ceinture de provinces, sans cesse désolées par la guerre, qui se trouvaient entre les royaumes chrétiens et les établissements maures, engagea les rois de Léon à donner à quelques villes des chartes municipales (fueros) extrêmement avantageuses pour ceux qui venaient s'y établir. Les deux plus anciennes que nous connaissions furent données en 1076, par Alphonse VI, à Sepulveda, capitale des frontières d'Estramadure, et à Najera, chef-lieu du district de la Rioja.

Le caractère démocratique de ces chartes municipales frappe au premier coup d'œil. Le gouverneur de la cité et les juges sont élus par le peuple, chaque année, parmi les habitants (vecinos) qui, durant la dernière année, ont possédé un cheval. Le service de la cavalerie est la seule distinction reconnue par la loi des municipes. Le fuero de Sepulveda porte expressément que si quelque rico ombre, comte, juge, cavalier ou infanzon vient habiter la ville, il sera soumis aux mêmes lois que tous les autres habitants[1] ; et statue qu'il n'y aura dans la cité que

[1] Tit. X.

deux palais ou demeures privilégiées (palacios), celui du roi et celui de l'évêque[1].

Des exemptions de tous genres sont accordées aux habitants de cités à fueros : priviléges dans les formes de la procédure et des poursuites ; droits d'asile et de refuge, peines plus douces, facilités de commerce, diminution d'impôts, abolition complète de la mainmorte, des corvées et des logements militaires ; le service militaire était l'obligation principale imposée à tous les citoyens. La ville recevait des biens-fonds qui restaient sa propriété inaliénable et dont les revenus concouraient avec les amendes à payer les magistrats municipaux.

Entrer davantage dans les détails de ces institutions municipales nous entraînerait au delà des limites de notre sujet ; mais il en est un qui, par son rapport étroit avec les conditions générales de la propriété, paraît y rentrer au contraire. Je veux parler des lois *d'amortisation*.

Au neuvième et au dixième siècle, de nombreuses donations de terres et même de villages avec leurs populations avaient été faites à l'Eglise. Les seigneurs, comme on l'a vu plus haut, s'étaient aussi formé, soit par la conquête, soit par l'usurpation, des domaines considérables.

Il est vraisemblable que lorsque, au onzième et au douzième siècle, la couronne octroie de nombreux fueros, elle n'a pas seulement en vue le repeuplement des cités, mais qu'elle cherche aussi, comme en France et en Allemagne, à introduire dans la société un élément nouveau capable de faire contre-poids aux envahissements déjà menaçants de l'Eglise et des seigneurs.

Tous les fueros d'Alphonse VI, celui de Sepulveda, celui de Najera et surtout celui qu'il donna à l'importante cité de Tolède, après l'avoir reprise sur les Maures qui en avaient fait l'une de leurs capitales, contiennent des dispositions dont le but est d'interdire aux citoyens d'aliéner aucune propriété immobilière, soit à l'Eglise, soit à aucune personne de la classe des *ricos ombres*. Plusieurs fueros, entre autres celui de Najera, défendent aussi à un citoyen d'instituer un noble pour son héritier. Une autre disposition que l'on trouve souvent dans les plus anciens fueros, par exemple dans la confirmation du fuero de Tolède

[1] Tit. XI.

par Alphonse VII (l'imperador), consiste dans l'engagement que prend le prince, sous serment, de ne jamais aliéner la cité à aucun seigneur.

A côté du but politique, il pouvait y avoir dans de telles mesures un motif fiscal, les biens de l'Eglise et des seigneurs jouissant d'une entière immunité d'impôt, tandis que les habitants des cités payaient au roi la dîme de leurs terres; quant aux *pecheros*, ils payent le tiers et même la moitié du revenu de la terre, mais aussi ils ne sont plus censés propriétaires.

Profondément convaincues de l'utilité de ces lois, connues sous le nom de loi d'amortisation civile et ecclésiastique, les communes demandèrent maintes fois, dans la suite, que l'on pourvût à leur exécution; elles ne réussirent pas, car l'abus des mainmortes devint excessif, aussi tous les écrivains espagnols modernes exaltent-ils à l'envi la prudence de ces lois, dont l'observation eût préservé leur pays d'une grande cause de décadence et de misère.

Si l'on considère combien étaient grandes et fortement établies les libertés municipales en Espagne à une époque où l'on n'y songeait pas encore ailleurs, on est invinciblement conduit, nous semble-t-il, à admettre que, pour les populations des campagnes, il existait aussi une condition supérieure à celle que nous trouvons dans les lois concernant les solariegos. L'analogie du nom de *vecinos* donné aux habitants de lieux favorisés de fueros et à ceux qui habitaient les terres de *behetria* est aussi bien propre à fortifier l'opinion que nous avons émise au sujet de l'ancienneté d'une condition relativement libre dans les terres de behetria.

L'expression de *malos fueros* appliquée aux coutumes qui régissaient une partie du pays et que l'on opposait aux *bonos fueros* concédés par l'autorité royale, paraît aussi renfermer une idée d'usurpation qui suppose l'existence antérieure d'un état de choses moins fâcheux.

Naissance des fiefs.

Un état de guerre continuel, la faiblesse du pouvoir royal, la nécessité de se réunir dans chaque localité autour d'un chef, en cas de danger subit, l'impossibilité de rétribuer en argent les officiers publics, enfin quelques rapports avec les Francs,

surtout du côté de la Catalogne, telles avaient été les circonstances qui, dès le septième siècle, avaient tendu à favoriser l'introduction de la féodalité.

Dans les premiers fueros municipaux il en est encore fort peu question, mais on s'aperçoit cependant qu'elle existe déjà dans une certaine mesure. Dans la législation du treizième siècle, en revanche, on la trouve toute développée; c'est donc évidemment du onzième au treizième que ce développement a eu lieu.

Dans les Siete Partidas, on rencontre, à ne pas s'y tromper, les formules de l'hommage et l'explication des obligations mutuelles des seigneurs et de leurs vassaux[1]. Cependant Alphonse le Sage, pas plus qu'aucun de ses prédécesseurs, n'aliéna la souveraineté aux grands, ni les droits de juridiction qui en sont l'attribut principal, comme cela a été le cas dans les pays appartenant au système de la féodalité primitive. Les comtés restèrent des circonscriptions officielles, et ne devinrent jamais des seigneuries dans le genre des grandes seigneuries indépendantes qui existaient dans le même temps dans les pays voisins. L'unique seigneurie proprement féodale qui ait existé en Espagne, au dire des historiens indigènes, fut le comté de Portugal, qu'Alphonse VII donna, au onzième siècle, à son gendre, Henri de Lorraine, pour lui et ses successeurs.

Comme on voit, Robertson et les écrivains qui l'ont suivi, méconnaissaient la véritable nature de l'ancien gouvernement castillan, lorsqu'ils l'assimilaient, à tous égards, au gouvernement féodal ; mais il y a peut-être encore plus lieu de s'étonner lorsqu'on voit des écrivains instruits nier jusqu'à l'existence des fiefs, lorsque, pour les retrouver dans toutes leurs formes caractéristiques, il suffit d'ouvrir le code des Siete Partidas[2].

[1] Voir, entre autres, la quatrième *partida*, tit. XXV, *De los vassalos*, et titre XXVI, *De los feudos* ; et dans la troisième partida, le titre XVIII, loi 89. « Come deve se far la carta quando alguno se quiera far ome de « otro.» (Formule de l'hommage.)

[2] On trouve, par exemple, dans dom Castro le passage suivant : « En Espagne, les fiefs furent entièrement inconnus, *si l'on ne veut appeler de ce nom* les concessions royales faites à des sujets bien méritants, avec des titres tels que ceux de ducs, marquis, comtes ou vicomtes, sous l'obligation de servir avec un certain nombre de soldats, vulgairement appelés

La chronique du roi don Pèdre donne sur la naissance des fiefs en Castille une version assez curieuse. « Tu dois savoir, dit le chroniqueur, que, lorsque les Mores eurent conquis l'Espagne, au bout d'un certain temps les chrétiens commencèrent à guerroyer, et il leur vint de l'aide de beaucoup d'autres pays pour cette guerre; alors dans la terre d'Espagne il y avait peu de forteresses, et celui qui était propriétaire du champ était aussi seigneur de la terre[1], et les caballeros (chevaliers) occupèrent les localités de la plaine, s'y maintinrent, les peuplèrent et se les répartirent entre eux; les rois ne s'inquiétèrent que de la justice, et les chevaliers établirent comme loi que si les habitants des villages (lugares) choisissaient un chevalier pour les protéger, ils ne devraient recevoir aucun dommage de la part des autres, pourvu qu'ils leur fournissent des vivres à un prix raisonnable; mais que si, par aventure, le chevalier choisi par les habitants d'une localité ne leur convenait plus, ils pourraient en choisir un autre afin de les défendre. » C'est là évidemment une application nouvelle de cette institution des *behetria*, à l'occasion de laquelle nous avons déjà cité le même chroniqueur.

Lorsque les conquêtes chrétiennes s'étendirent sur de plus vastes territoires, les princes qui les faisaient récompensèrent leurs chevaliers par des répartitions plus générales, qui rappellent celles de l'époque barbare. Le territoire fut divisé en parties égales, tirées au sort entre les chevaliers, et nommées *caballerias*. Ces lots étaient plus ou moins importants selon l'étendue du territoire conquis, et sa situation plus ou moins exposée aux invasions de l'ennemi. Après la paix de Séville, saint Fernand

lances. Qu'est-ce donc que le savant chanoine veut appeler *fief*, si ce n'est justement cela ?

Les fiefs sont diplomatiquement prouvés en Castille, bien avant les Siete Partidas. En 1426, l'archevêque de Saint-Jacques de Compostelle en Galice donne deux terres en fief à Pierre Fulcon, et le concile de Valladolid défend aux prêtres de donner leurs terres en fief sans le consentement de leur évêque. Au reste, en rapprochant des Siete Partidas les législations les plus anciennes, le fuero de Léon et le fuero viejo, on s'aperçoit que la législation féodale, si étendue et si détaillée, du treizième siècle, se rapporte à des faits sociaux existants bien auparavant, et qu'elle n'est par conséquent point, comme on a voulu le prétendre, une importation étrangère, sans racines dans le sol national.

[1] « E quien era señor del campo era señor de la tierra. »

distribua douze cents lots de cette sorte, dont chacun comprenait une maison en ville et une certaine quantité de terres pour plantations de vignes, d'oliviers et de figuiers, et de champs ce que l'on peut labourer avec six paires de bœufs.

Pour appartenir à la noblesse (hidalguia) il fallait posséder un certain bien en terres, et être natif d'un lieu possédant de bons fueros[1]. Les habitants des lieux privés de fueros étaient donc par ce fait dans une condition inférieure.

Les donations faites aux hidalgos pouvaient l'être ou en pleine propriété (heredamiento, héritage), ou en fief (tenencia, tenure). Celui qui perdait par sa faute un château qu'il possédait en propre pouvait être exilé, mais celui qui perdait de cette manière un château possédé en tenure pouvait être puni de mort.

Législation féodale.

L'époque qui suit les conquêtes de saint Fernand est celle où le système féodal a commencé à être l'objet de la législation ; ce fut aussi le moment où s'introduisit l'hérédité des fiefs. Ce qui le prouve c'est que dans le code des Siete Partidas on trouve des lois favorables à l'hérédité, et d'autres qui lui sont contraires ; c'est seulement à la suite des profusions de Sanche le Brave, fils et successeur d'Alphonse X, que l'hérédité des fiefs fut consolidée, au grand détriment de la fortune de l'Etat. Les cortès de cette époque réclament fréquemment contre les aliénations perpétuelles de biens royaux, mais la prépondérance que l'aristocratie obtient au quinzième siècle empêche ces réclamations d'aboutir à aucun résultat. Cette question fut, jusqu'aux règnes de Charles-Quint et de Philippe II, le terrain habituel des luttes de la noblesse et des communes. On observera sans doute avec intérêt que l'hérédité des fiefs, qui a toujours été considérée comme le couronnement de l'édifice féodal, s'introduit en Espagne justement à l'époque où, dans le reste de l'Europe, commence l'ère décroissante de la féodalité.

Entrons maintenant dans quelques détails, et rapportons succinctement les particularités du droit féodal, renfermé dans le code des Siete Partidas.

[1] « Naturaleza de buenos lugares. »

Il y a des fiefs en Castille, mais il n'y a pas, à proprement parler, de hiérarchie féodale, et lorsque la loi dit qu'on appelle *ricos ombres* en Espagne ceux qu'on appelle ailleurs comtes ou barons, elle exprime un rapport d'analogie, mais nullement d'identité. Les anciens comtes ne furent en Espagne que des officiers royaux, et les titres seigneuriaux, tels que comtes, marquis, ducs, ne sont devenus héréditaires que tout à la fin du moyen âge, et alors ils ne sont plus que des titres honorifiques [1]. L'unique comté féodal et l'unique grande seigneurie féodale qui peut-être ait existé en Espagne, fut le comté de Portugal, que le roi Alphonse VI donna à son gendre, Henri de Lorraine, pour lui et ses successeurs.

Les *ricos ombres* sont proprement des seigneurs patrimoniaux, de grands propriétaires fonciers, unissant d'ordinaire à cette qualité celle de vassaux du roi, qui leur confie la garde de quelque ville ou de quelque château. Ils forment l'aristocratie territoriale d'où sortit, dans la suite, la grandesse espagnole, qui entoure le prince, occupe les principaux emplois, et forme une des branches des cortès.

Les comtes, en revanche, étaient, pendant le moyen âge espagnol, des employés unissant l'autorité politique, la juridiction civile et le commandement militaire dans une circonscription déterminée. Ils tenaient leur mandat du prince, qui conservait toujours le pouvoir de les révoquer. Les comtés de Castille, de Galice, de Biscaye et de Portugal furent les plus considérables. En Castille, il y eut d'abord plusieurs comtés [2], qui furent réunis en un seul au commencement du dixième siècle, par le comte Fernand Gonzalès; le roi Fernand le Grand le divisa de nouveau,

[1] Le premier comté héréditaire créé en Castille après celui de Portugal fut celui de Transtamare, créé en 1328 par Alonzo XI en faveur d'Alonzo Nunez de Osorio. Le premier marquisat fut celui de Villena, créé en 1336 par Henri II en faveur d'Alonzo, fils de don Pèdre d'Aragon. Le premier duc fut don Fadrigue, frère du roi Juan Ier, qui fut créé duc de Benavente; ensuite vinrent les marquis de Santillane, Astorga, Coria et Cadix, et les ducs de Valence, de Pennafiel et de Medina-Sidonia. Longtemps on renouvela les diplômes de pareils titres à l'avénement de chaque nouveau roi; vers la fin du quinzième siècle on a commencé à désigner du nom de grands d'Espagne les principaux *ricos ombres*.

[2] Alava, Lantaron, Cereso, Lara, Burgos, Liebana et Bureba.

ainsi que la Galice[1], en plusieurs gouvernements particuliers.

Au commencement du onzième siècle on trouve, à côté des comtes, les *consuls*, qui paraissent exercer dans quelques villes des fonctions tout à fait analogues. Les deux villes les plus importantes du royaume, Léon, l'ancienne capitale, et Tolède, la capitale nouvelle, étaient gouvernées par des magistrats de ce nom. Plus tard, ces divers magistrats seront remplacés par les *merinos majores*.

Hiérarchie suppose plusieurs degrés de subordination ; il n'y a donc pas de hiérarchie dans la féodalité espagnole, car les comtes qui ont des subordonnés ne sont pas des seigneurs féodaux, et les *ricos ombres*, qui sont les seigneurs féodaux, sont tous égaux entre eux et n'ont pas, comme ailleurs, pour vassaux des seigneurs de moindre condition.

En ce qui concerne les rapports de seigneur à vassal, il y a cinq sortes de seigneuries[2]. La première est celle du roi sur ses sujets, la seconde celle des seigneurs sur leurs vassaux bénéficiers, la troisième celle qui est exercée sur les solariegos, ou sur les hommes de *behetria*, la quatrième est celle des pères sur leurs enfants, la cinquième celle des maîtres sur leurs serviteurs.

De ces cinq sortes de seigneuries que mentionne la loi, il n'y a que la seconde dont nous ayons à nous occuper en ce moment, car nous avons traité plus haut de la troisième.

Le code expose de quelle façon un homme devient vassal, c'est par contrat ou par *homenage*[3]. Dans le contrat de vasselage, on baise la main du seigneur en lui jurant fidélité. L'homenage, ou hommage, semble comporter des obligations plus étroites que celles du simple vassal.

Le vassal doit aimer, honorer, garder et servir fidèlement son seigneur, procurer son bien et éviter son dommage. Le seigneur, de son côté, doit aimer, honorer et défendre son vassal, lui faire du bien, lui éviter dommage ou déshonneur[4].

Durant la première année, le vassal ne peut se séparer du seigneur qui l'a fait *caballero*, excepté dans trois cas : si le sei-

[1] En Galice, on trouve les comtés de Lemos, Biezzo, Astorga, Zamora, Aguilar, Mayorga, Saldanha y Carrion, Transtamare et Najera.

[2] Siete Partidas, tit. XXV, part. 4, loi 2.

[3] Loi 4 du titre cité.

[4] Loi 7.

gneur a voulu le tuer, déshonorer sa femme ou lui enlever son héritage. Mais passé l'année, le vassal peut se séparer du seigneur (despedir se) lorsqu'il le veut. A cet effet, il se présente auprès de lui et lui dit : « Je m'éloigne de vous, je vous baise la main, et désormais je ne suis plus votre vassal. » Celui qui s'est séparé de son seigneur, peut, après cela, se faire vassal d'un autre, mais, même dans ce cas, il doit s'abstenir de frapper son premier seigneur, hors pour défendre sa vie. En aucun cas, il ne doit se servir contre un ancien seigneur des armes ou du cheval que celui-ci lui a donnés [1].

Si le vassal a reçu du seigneur une solde, et ne le sert pas en étant requis, il lui doit restituer le double ; mais si le seigneur n'a pas requis le service, le vassal n'a rien à rendre, lors même qu'il n'a point servi [2].

Des règles analogues fixaient la position réciproque du roi et des ricos ombres [3]. Le roi peut exiler un rico ombre soit pour délit ordinaire, soit pour trahison. L'exilé peut emmener avec lui ses vassaux, mais ni lui-même, ni ceux qui sortent du royaume avec lui ne peuvent faire la guerre au roi, ni lui enlever aucune chose ; à moins qu'ils ne soient au service d'un autre roi, et s'ils le font, le roi peut leur prendre tout ce qu'ils possèdent.

Les vassaux d'un rico ombre exilé ne sont point tenus de le suivre, sinon pour l'accompagner dans son voyage. Mais si l'exilé va sur la terre maure, ses vassaux ne devront pas l'y suivre, sous peine d'être traités comme traîtres.

Les Siete Partidas donnent le nom de *fief* (*feudo*) à la concession d'une chose quelconque faite en vue d'acquérir un vassal. Ce mot, dit la loi [4], vient de *fe y dar*, parce que le vassal doit garder la foi à son seigneur. Le fief naît de deux manières, lorsqu'on a concédé une terre, un château (*cosa raïz*, un immeuble) ; le fief ne peut plus être enlevé au vassal, à moins qu'il ne manque aux obligations du contrat ; l'autre mode se nomme *feudo de camera*, il consiste en une rente que le roi accorde au vassal, mais peut reprendre à volonté.

[1] Lois 7 et 8.
[2] Loi 9.
[3] Loi 10 à loi 14.
[4] Tit. XXVI, part. 4, loi 1.

On distingue encore la concession d'un fief et la concession d'un honneur (honor) ; cette dernière concession a lieu lorsque le roi donne des biens qui appartiennent à la couronne, pour la vie, souvent même à titre précaire. Il y a cette différence entre le fief et l'honneur, que pour le premier on stipule certaines conditions, comme serait le service d'un certain nombre de cavaliers, tandis que pour le second on ne promet rien d'autre que la fidélité[1].

Les commentateurs ne me paraissent pas avoir réussi à expliquer cette différence entre les fiefs et les honneurs. *Gregorio Lopez* la critique et dit qu'il y a aussi des fiefs qui sont octroyés sans conditions déterminées. Il y a lieu de croire que déjà dans la loi l'idée primitive de l'honneur avait été perdue de vue.

Les honneurs, comme les bénéfices, étaient une institution franque, mais importée en Espagne dans des conditions dissemblables. Chez les Francs, les honneurs consistent dans la concession d'un office public, rétribué par une part d'impôt ou par la jouissance de biens dépendants de l'Etat ; les bénéfices sont le bien donné par le seigneur à son vassal, afin de l'attacher à sa personne, les bénéfices peuvent donc être concédés également par le prince et par des particuliers. Cet élément de distinction subsiste de l'autre côté des Pyrénées, mais l'appropriation des offices par leurs détenteurs, à titre de possession privée et héréditaire, n'ayant jamais eu lieu, les honneurs durent nécessairement rester, en Castille, de simples concessions utiles, honorifiques, que le roi accorde et qu'il peut retirer.

La loi dit que le roi les donne aux ricos ombres pour leur faire honneur, en revanche il ne leur concède aucune autorité ; les charges de comte et les principaux offices royaux ne sont point devenus, comme chez les Francs, l'objet habituel de telles concessions, et la distinction entre les honneurs et les bénéfices, si fondamentale, quoique si longtemps méconnue dans la féodalité primitive[2], a perdu en Espagne la plus grande partie de son

[1] Loi 2.

[2] Il n'y a que stricte justice à rappeler ici le service éminent rendu à la science par Championnière (*Traité de la propriété des eaux courantes*). Ce savant a mis en évidence avec une clarté infinie la différence qui existait durant la période barbare entre les bénéfices et les honneurs, et le rap-

importance, sans disparaître toutefois ; elle est là comme une simple variété du fief, rappelant le souvenir de l'institution étrangère, sans la représenter en aucune manière.

Qui peut établir des fiefs et qui peut en recevoir? Le Code d'Alphonse dit[1] : Les empereurs, les rois, les grands seigneurs peuvent donner en fief ce qui leur appartient. Les archevêques, évêques et prélats peuvent donner en fiefs les biens que leurs antécesseurs ont eu coutume de donner de cette manière et non pas d'autres. On ne peut donner de fief à celui qui est déjà vassal d'un autre seigneur. Cette dernière règle, qui n'était pas observée dans le reste de l'Europe, dut avoir pour effet d'éviter beaucoup de complications et d'assurer mieux la fidélité du vassal.

Le serment de fidélité et la cérémonie de l'institution n'offrent rien de particulier ; le seigneur donnait l'investiture symbolique en remettant un anneau ou un gant[2]. On sait que dans l'Empire l'anneau fut réservé, depuis le pape Calixte, à l'investiture des fiefs ecclésiastiques, tandis que celle des grands fiefs laïques avait lieu par l'épée. Après l'investiture avait lieu la mise en possession de la chose concédée en fief.

Si le vassal doit aider son seigneur dans toutes les guerres que fait celui-ci, le seigneur, de son côté, doit aider son vassal et défendre ses droits ; ils se doivent mutuelle loyauté[3].

Les fiefs ne s'héritent pas comme les autres biens. D'abord, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure, les honneurs ne s'héritent pas du tout ; ils sont concédés pour la vie seulement, et si le roi qui les a concédés vient à mourir du vivant du vassal, celui-ci doit en demander la confirmation à son successeur[4].

Quant aux fiefs proprement dits, les filles n'en héritent pas. Les fils (*varones*) héritent seuls à droit égal, par conséquent

port de filiation qui existe entre les honneurs de l'époque barbare et les justices féodales. Ses travaux à ce sujet ont été une véritable découverte dans le domaine de l'histoire du droit.

[1] Plusieurs rois de Castille, antérieurs à Alphonse X, avaient porté le titre d'*emperador*. Il ne s'agit donc point ici d'Alphonse X lui-même et de la dignité d'empereur d'Allemagne qu'il revêtit accidentellement.

[2] Loi 4 : « O con lua, o con vara. »

[3] Loi 5.

[4] Loi 20, tit. XIII, part. 2.

sans privilége pour l'aîné. S'il n'y a pas de fils vivants, les petits-fils en ligne masculine peuvent hériter, mais non les fils des filles. Le droit de succession des descendants en ligne masculine ne va pas au delà. En l'absence du petit-fils, le fief retourne à celui qui l'a concédé. Le fils du vassal qui est affligé d'une infirmité de naissance le rendant incapable du service militaire, ainsi que celui qui est entré dans les ordres, ne peuvent hériter d'un fief. Les fiefs établis sur le domaine public (*cosa realenga*) ne sont transmis par succession aux fils et aux petits-fils du concessionnaire que si cela a été dit expressément [1]. Cette distinction, qui n'a pas peu embarrassé les commentateurs, s'explique, lorsqu'on a saisi, comme elle doit l'être, la distinction entre les fiefs et les honneurs ; car les fiefs dont il s'agit ici sont proprement des honneurs, et, comme tels, non transmissibles aux descendants ; toutefois ils peuvent être déclarés fiefs par le souverain et, comme tels, rendus susceptibles de transmission par héritage, moyennant que le titre de la concession exprime, en termes formels, cette dérogation à la règle. Gregorio Lopez, qui oppose à cette loi, si précise, le témoignage d'André d'Ysernia, jurisconsulte napolitain, est tout à fait en dehors de la question ; car, en telle matière, le droit féodal sicilien et l'ancien droit espagnol ne sauraient être assimilés. La disposition dont il s'agit avait, du reste, déjà avant Grégorio Lopez, donné lieu à de nombreuses controverses [2].

Don Vincente Perez, dans son *Compendio*, me semble aussi méconnaître l'esprit de cette loi ; il ne voit pas que les fiefs dont elle parle, à moins de stipulation expresse, seraient demeurés des honneurs. On comprend que le sens de cette loi ait été contesté dans la suite, attendu qu'elle allait directement à l'encontre des prétentions de l'aristocratie castillane. Plus tard, en réalité, elle ne fut plus observée, et la réversibilité des fiefs royaux envers la couronne ne fut pas maintenue.

Dans la règle, le fief ne passe pas aux frères du vassal, mais si le feudataire tient la concession de son père ou de son aïeul, ses frères peuvent la recevoir, car ils sont descendants.

[1] Loi 6, tit. XXVI, part. 4.

[2] Voir Rodrigue Suarez, *De inofficioso testamento*, où, dit le commentateur du Code d'Alphonse X, il est posé une question, *in qua multum insudavit*.

Le vassal peut perdre le fief s'il néglige de remplir ses engagements; s'il abandonne son seigneur dans le combat; s'il l'accuse en justice ou lui procure de toute autre manière un dommage notable dans ses biens ou dans son honneur; si, sachant que quelqu'un veut faire du tort à son seigneur, le vassal ne cherche pas à l'en empêcher; s'il fait hommage à quelque autre de mauvaise foi; s'il tente de tuer, frapper, prendre prisonnier son seigneur; s'il met la main sur lui; si, sachant son seigneur prisonnier, il ne fait pas ses efforts pour le délivrer[1].

Le vassal perd également son fief, s'il tue le fils, le petit-fils ou le frère de son seigneur; s'il commet adultère avec sa femme, sa fille ou sa petite-fille. Pour les mêmes méfaits, le seigneur qui les aurait commis perdrait la propriété du fief, dont le vassal offensé devient propriétaire définitif[2].

Si le vassal vend ou engage quelque chose appartenant au fief sans le consentement de son seigneur, le seigneur peut le reprendre sans rien avoir à payer à cet effet et sans que le détenteur puisse opposer la prescription.

Si le fils du feudataire tarde d'une année, depuis la mort de son père, à venir faire hommage au seigneur, il perd le fief, à moins qu'il ne soit âgé de moins de quatorze ans. Le feudataire doit aussi renouveler l'hommage à l'héritier de son seigneur[3].

Les dernières règles que nous venons de rapporter sur les droits et obligations résultant du droit féodal appartiennent au droit commun.

Influence de la féodalité sur le développement des institutions politiques.

Selon la théorie religieuse et politique du moyen âge, l'Eglise et l'Etat forment deux corps distincts, mais non point séparés; les fiefs, dont l'ensemble constitue le monde temporel, sont censés aboutir à l'empereur, mais l'empereur, suzerain du monde, est vassal de l'Eglise; le monde est fief de Dieu et du pape, son premier mandataire.

[1] Loi 8, tit. XXVI, part. 4.
[2] Loi 9.
[3] Loi 10, même titre.

Cette théorie de l'empire chrétien ne fut jamais réalisée ; même dans les limites de l'Europe, la hiérarchie féodale est restée imparfaite en tant que puissance politique, commune à toutes les nations catholiques. Les rois d'Espagne entre autres, comme ceux de France et d'Angleterre, ne reconnurent point la suzeraineté de l'empereur.

Cependant, produit spontané de la combinaison des trois éléments constitutifs de l'époque barbare, du germanisme, du romanisme et du christianisme, la féodalité est devenue en Europe, vers le neuvième siècle, le fait général, la loi universelle, et, en tant qu'organisme social, elle donna aux institutions politiques de l'époque suivante un caractère d'analogie bien marqué : malgré des variétés notables, elle est devenue comme le fonds commun de toutes les constitutions de l'Europe.

Le lien féodal, qui était primitivement un rapport d'homme à homme, un rapport de fidélité, dont le point de départ est l'indépendance individuelle, s'est peu à peu transformé. Dans le système féodal proprement dit, la possession est le fait dominant. Le suzerain est essentiellement propriétaire de la terre, le vassal en obtient une parcelle à titre de concession du suzerain, le serf, lui-même, a pour condition politique de servir en cultivant les terres du vassal.

Par suite de ce changement, le servage de la glèbe a remplacé l'esclavage personnel, les compagnons, ou *gasindi*, ont vu se transformer successivement leur bénéfice temporaire, qui n'était que l'équivalent de leur solde et de leur entretien, en bénéfice à vie, puis en fief héréditaire. Le roi, qui n'était que le chef politique et militaire des hommes libres de la nation, est devenu le seigneur de toutes les terres de ses vassaux, dont l'ensemble forme le royaume. Le pouvoir politique est confondu avec la possession féodale, le droit public avec le droit privé.

La terre retient chacun, la nation mobile a disparu, nous n'avons plus en présence des Francs, des Germains, des Anglo-Saxons, des Visigoths, nous avons la France, l'Allemagne, l'Angleterre, l'Espagne. Ce n'est plus la race qui constitue l'Etat, c'est la terre. A ce caractère territorial qu'assume l'état féodal s'unit un caractère de possession privée, et durant cet âge juridique, les institutions politiques sont en quelque sorte dans l'enveloppe du droit privé. L'idée de la patrie antique a disparu.

La patrie, c'est le suzerain pour les grands vassaux, le seigneur pour les vassaux de second ordre. Le territoire d'une nation n'est plus que le patrimoine d'une famille ; c'est par des mariages, des héritages, des ventes et des achats, que les Etats s'accroissent ou diminuent.

Dans quelle mesure ces idées générales trouvent-elles leur application dans les royaumes chrétiens de la Péninsule ibérique, spécialement dans le royaume de Castille ? C'est ce que nous devons examiner.

Le caractère distinctif de la féodalité est, avons-nous dit, l'identité de la propriété foncière et des droits de l'Etat ; où cette identité commence, commence la féodalité ; où elle cesse, la féodalité finit. Un tel rapport est en contradiction parfaite avec l'idée d'Etat ; or, le représentant de cette idée supérieure à l'Etat, qui devait mettre fin, dans toute l'Europe, à la féodalité, c'est la royauté. En Espagne, où l'élément romain a conservé sa prépondérance, la royauté est restée constamment plus conforme à sa nature de pouvoir social, de représentant formel de l'unité politique. L'Eglise, boulevard de la race latine, au temps des invasions, conserva aussi en Espagne une influence d'autant plus forte que la lutte religieuse contre les envahisseurs étrangers fut pendant plus de huit siècles le fond même de l'existence nationale. Même en face de la féodalité, qui s'introduit dans les Etats par la force des choses et celle de l'exemple, le roi de Castille est toujours resté roi et non pas seulement suzerain.

La constitution germanique primitive, d'un autre côté, était, en somme, démocratique, et, pendant l'époque barbare, si la royauté grandit à l'aide des idées romaines, le pouvoir suprême était toujours exercé par le roi avec le concours des leudes, représentants de l'aristocratie victorieuse, et des évêques, représentants de la race vaincue. Ces formes de gouvernement ont passé dans le gouvernement féodal ; le roi n'y est encore que le premier entre ses pairs. Partout, et en Espagne non moins qu'ailleurs, on a conservé le souvenir des formes hautaines avec lesquelles les fiers barons manifestaient le sentiment de leur égalité. Alors encore, par l'intermédiaire de l'aristocratie féodale, il est vrai, la nation concourt avec le roi au gouvernement d'elle-même. Dans le royaume de Castille, où les cortès ne sont d'abord que

la continuation des conciles de l'époque barbare, la durée des institutions représentatives, issues de la conquête germanique, est un fait hors de contestation. Ici on ne vit pas, comme de l'autre côté des Pyrénées, un parlement féodal, dans lequel ne siégent plus les pairs du roi, mais seulement les dignitaires de sa cour et les vassaux de ces domaines, perdre peu à peu son caractère national, caractère que conserve cependant la couronne : circonstance qui entraîna forcément un antagonisme entre le roi et les grands feudataires et une inégalité marquée entre le pouvoir royal et le pouvoir parlementaire, lequel finit par être entièrement subordonné.

Aussi, tandis qu'en France le parlement féodal a cessé d'être une assemblée souveraine pour devenir un instrument aux mains de la couronne, en Espagne, cette disparition successive de toute espèce de gouvernement libre n'a point lieu, et la nation ne fut jamais entièrement séparée de son chef dans l'exercice des pouvoirs politiques ; on continua de tenir en respect cet ancien adage, expression d'un principe essentiellement germanique. « Où n'est pas le roi, n'est pas le peuple ; où n'est pas le peuple, n'est pas le roi. »

Nous avons vu que l'élément communal apparut en Espagne plus tôt que dans le reste du continent européen ; il était naturel, dès lors, que cet élément commençât plus tôt aussi à jouer un rôle politique.

Les discordes qui déchirèrent le royaume de Castille pendant le règne de dona Urraqua, fille d'Alphonse VI, avaient jeté l'Etat dans un grand désordre ; aucun frein ne pouvait plus contenir les nobles, toujours prêts à guerroyer entre eux et à opprimer, à l'aide de leurs hommes d'armes, les autres classes de la population. Les communes, afin de se mettre à l'abri de leurs entreprises, se consolidèrent ensemble, toutes s'engageant par serment à aller au secours du membre de la ligue qui avait attaqué ou lésé. Ces ligues se retrouvent partout au moyen âge, mais, en Espagne, il y a ceci de particulier, que les *hermandades*, c'est le nom qu'elles se donnaient, prétendaient avoir et pratiquèrent maintes fois le droit de se lever même contre le souverain[1]. Les hermandades furent tellement en usage pen-

[1] *Hermandad*, *germanada* veut dire confraternité. On ne retrouve guère

dant le douzième siècle, que les dispositions qui y ont trait formaient une partie essentielle de la législation municipale [1]. Les fueros et les hermandades sont la transition à la représentation des communes dans les assemblées nationales, ou, en d'autres termes, à la participation du tiers-état au gouvernement du royaume.

On place généralement l'admission des députés des villes aux cortès de Castille sous le règne d'Alphonse VIII, par conséquent à la fin du douzième siècle ou tout au commencement du treizième. Ainsi la participation des communes aux assemblées nationales de Castille se trouverait précéder notablement l'admission des communes au parlement anglais (1263), et devancer d'un siècle l'introduction du même usage dans les états généraux de la France.

Dans l'origine, toutes les communautés créées par fuero royal jouirent du droit d'envoyer leurs procureurs aux cortès. Dans les cortès de Burgos, en 1315, on en comptait cent quatre-vingt-douze. Plus tard, le nombre des villes ayant droit d'envoyer des députés fut beaucoup plus restreint, puisque, sous Henri IV, le nombre des villes qui envoyaient des députés aux cortès n'était plus que de dix-huit. Nous indiquerons tout à l'heure les causes de ce fait.

On a dit que Fernand III (dit le Saint) rendit héréditaire la couronne castillane, qui jusqu'à lui aurait été élective ; il n'en est pas tout à fait ainsi. La monarchie castillane fut d'abord, comme celle des Visigoths, élective, en ce sens que les représentants de la nation désignaient le successeur au trône, mais en le choisissant parmi les enfants mâles du roi défunt, ou dans sa famille, s'il n'en laissait pas qui fussent en âge de monter sur le trône. Ordinairement, afin d'éviter des troubles à la mort du roi, on avait la précaution de désigner l'héritier présomptif pendant sa vie. Depuis le treizième siècle, la coutume de l'hérédité et les lois de la succession parurent assez enracinées pour qu'on

que dans les *confédérations* de la noblesse polonaise un droit d'insurrection consacré en quelque sorte par la loi.

[1] Dans le principe, le roi favorisa cette institution dans le but de réprimer les violences des ricos ombres. « J'ordonne, dit une ordonnance royale de 1235, aux jurats et aux alcades de chaque ville, de faire droit suivant les *fueros* et les *hermandades*. »

se dispensât de suivre cet usage. Toutefois, à la mort du roi, son successeur avait toujours soin de se faire reconnaître et proclamer par les cortès. Fernand III continua d'ailleurs la politique adoptée par ses ancêtres depuis Alphonse VI, en favorisant l'accroissement de l'influence des villes et de la classe moyenne dans le gouvernement, afin de faire par là contre-poids à l'ambition plus redoutable à ses yeux des grands et de l'Eglise. Par cette sage politique il préparait le règne de son fils Alphonse le Sage, époque qui fut pour l'Espagne ce qu'est celle des Hohenstaufen pour l'Empire, celle de saint Louis pour la France, c'est-à-dire le point culminant de la civilisation issue directement de la féodalité, le moment où cette civilisation réalise les progrès qui lui appartiennent en propre. Les temps qui suivirent sont, en revanche, la transition, le plus souvent pénible et tourmentée, qui conduit à notre civilisation moderne à travers la décadence du moyen âge qui s'enfuit.

L'époque qui sépare le règne brillant d'Alphonse X de celui d'Alphonse XI est des plus malheureuses : l'anarchie, une guerre civile sanguinaire, des déprédations et des violences de toute espèce, la sécurité personnelle nulle, la justice impuissante, tel est le tableau que présente la société. Les hermandades des villes et les réunions des cortès se multiplient inutilement pour porter remède à ces maux.

Alphonse XI, par sa fermeté et la rigueur qu'il déploya envers les révoltés, rendit la paix à son royaume et, dans son ordonnance d'Alcala (1348), promulgua, en la complétant sur quelques points, la législation de son aïeul, les Siete Partidas.

Pierre le Cruel, fils d'Alphonse XI, suivit d'abord les traces de son père, mais ses passions violentes et les crimes qu'elles lui firent commettre soulevèrent ensuite ses sujets ; son frère naturel, Henri de Transtamare, s'insurgea contre lui et, à l'aide de Duguesclin, s'empara du trône, après une sanglante lutte terminée par un fratricide. Dans ces discordes civiles, la Castille, subissant tour à tour le joug des Français et celui du prince Noir, allié de don Pèdre, apprit, pour la seconde fois, quels risques peut courir l'indépendance d'une nation divisée contre elle-même. Après la victoire de Henri II, les villes, fières des services qu'elles avaient rendus et de ceux qu'elles pourraient rendre encore, demandèrent au roi l'admission dans son conseil de douze

citoyens tirés de leur sein. Ce fut l'origine de la création du tribunal supérieur appelé l'*audience*, qui plus tard, trompant l'attente de ceux qui en avaient provoqué l'institution, devint un des plus fermes appuis de l'autorité royale, voire même du despotisme. Au commencement du règne de Juan Ier, fils de Henri de Transtamare, les villes royales fleurirent plus que jamais sous le régime de leurs chartes municipales, mais les autres localités gémissaient sous l'oppression des seigneurs. Le tiers état obtint de ce prince l'admission dans le conseil du roi de douze députés des cortès, dont quatre de chaque ordre, désignés par les cortès elles-mêmes. Ce fut l'origine de la députation permanente, institution qui existe encore aujourd'hui. Non content d'avoir obtenu l'important privilége d'être admis dans le conseil où se traitait tout ce qui concernait le gouvernement du royaume, sauf la justice, le tiers état voulut tenter d'en exclure les grands; cette demande fut faite formellement dans les cortès de Briviesca, mais repoussée. Jamais, cependant, les communes ne jouirent d'autant d'influence, puisqu'elles obtinrent même une place dans le conseil de régence établi par don Juan pour la minorité de son fils Henri. Le règne de Henri III, qui avait vu les communes à leur apogée, vit aussi commencer leur déclin; car, dans le conseil de régence établi par ce prince pour la minorité de son fils Juan II, les députés des communes ne furent déjà plus admis. Le long règne de Juan II est une ère de décadence. Ce monarque, faible et toujours dominé par son entourage, fut l'instrument et le jouet d'abord de ses cousins, les infants d'Aragon, puis de son favori Alvarez de Luna, qui donna le premier exemple d'un gouvernement de cour, peu soucieux des vœux de la nation. Il alla même jusqu'à forcer celle-ci à envoyer aux cortès les députés qui lui convenaient. Après la chute tragique de cet orgueilleux ministre, Juan II ne reprit pas davantage possession de sa volonté et il laissa la couronne à un fils qui s'en montra aussi peu digne que son père. Sous Juan II, la Castille avait été un État puissant et respecté au dehors, quoique mal gouverné; sous Henri IV, elle marche rapidement au plus complet abaissement. Il ne fallut rien moins que le règne glorieux des rois catholiques, Isabelle de Castille et Fernand d'Aragon, pour la sauver de la ruine. Durant les deux règnes précédents, les cortès étaient devenues impuissantes par

le concours de diverses circonstances, dont la principale est la jalousie de la noblesse et du clergé à l'égard des communes. Les deux premiers ordres, voyant les communes posséder d'habitude la plus grande influence dans les cortès, se retirèrent peu à peu de la représentation nationale pour agir d'autant plus efficacement auprès de la cour. La fâcheuse mesure prise sous le règne de Juan II, de faire indemniser par le gouvernement les députés des villes, parut autoriser à réduire le nombre des cités convoquées aux cortès. Quelques-unes réclamèrent, mais le plus grand nombre n'en fit rien ; car le droit d'envoyer des procureurs à une assemblée, dont l'antique autorité avait beaucoup baissé et qui ne pouvait pas guérir les maux de la patrie, parut bientôt être une charge plutôt qu'un privilége. L'Espagne eut à se repentir longtemps de ce moment de découragement. Sous Henri IV il n'y eut plus que dix-huit cités qui envoyaient des députés aux cortès [1], les autres donnaient mandat à celles qui avaient conservé leur droit de représentation. Dans la suite, lorsque quelques-unes réclamèrent de nouveau la faculté d'envoyer leurs députés, elles rencontrèrent une opposition insurmontable, à laquelle se réunirent, ainsi qu'on pouvait s'y attendre, tous les députés des villes privilégiées. Henri IV imitait aussi Alvarez de Luna en exigeant la nomination de députés à sa convenance.

Les cortès de Cordoue de 1455 lui en firent des remontrances, mais il n'en continua pas moins à agir de la même manière, aussi longtemps qu'il en eut le pouvoir.

La députation des cortès fut ainsi réduite à deux membres, de douze qui la composaient. Henri II ne voulut pas de censeurs et s'efforça de composer un conseil uniquement au gré de son caprice. Les cortès de Medina-Campo (1465) prirent à ce sujet des mesures fort énergiques, et allèrent même jusqu'à nommer tous les membres du conseil du roi. Mais Henri, si faible et si inconstant qu'il fût à l'ordinaire, montra une énergie singulière pour résister à une mesure qui dépassait, il est vrai, les droits traditionnels de la représentation nationale et entamaient grave-

[1] Les dix-huit cités privilégiées étaient : Burgos, Tolède, Léon, Séville, Cordoue, Murcie, Jaen, Zamora, Ségovie, Avila, Salamanque, Cuença, Toro, Valladolid, Soria, Madrid, Guadalaxara et Grenade. Plus tard Palencia recouvra son droit au prix d'une somme d'argent.

ment la prérogative royale. Les cortès d'Ocagna (1469) revinrent sur le même sujet, mais la guerre civile qui éclata tôt après, ensuite des efforts du roi pour faire rendre à sa fille Jeanne le droit de succession à la couronne que les cortès avaient déféré à Isabelle, sœur du roi, vinrent à la traverse.

Nous sommes parvenus au moment de la réunion de la Castille et de l'Aragon par le mariage d'Isabelle de Castille avec Fernand d'Aragon; cette union célèbre amena l'unité du royaume et inaugura pour l'Espagne l'ère moderne, époque de gloire et de succès extérieurs, mais qui coïncide avec la chute des anciennes libertés. Désormais l'Espagne, puissante, prépondérante même sur les champs de bataille et dans les relations diplomatiques, deviendra le principal soutien de la réaction despotique qui s'étend sur toute l'Europe aussitôt après la réforme.

D'après ce que nous venons de voir du développement des institutions politiques dans la branche de Castille et Léon, il est facile d'en déduire quelle fut l'influence de la féodalité sur le développement des institutions politiques. L'Espagne et les pays scandinaves, les deux seuls pays de l'Europe du moyen âge dans lesquels, par des causes opposées, la féodalité n'atteignit pas un complet développement, sont aussi ceux qui ont conservé le plus intacte la tradition des libertés issues de l'ancienne constitution germaine. La féodalité n'y a supplanté ni l'Etat, ni le roi, ni le peuple ; en Espagne, elle se borne à prendre place à côté d'eux.

Si, en Castille, les priviléges municipaux, les ligues des communes pour leur défense réciproque et l'admission de leurs députés dans le sein de la représentation nationale, ont précédé notablement les faits correspondants dans les autres pays de l'Europe, cela s'explique tout naturellement : c'était la conséquence directe de l'état politique antérieur et des conditions toutes spéciales dans lesquelles s'y trouva la féodalité.

Une fois le système représentatif organisé et complété par l'admission des députés des villes, nous reconnaîtrons aussi qu'il exerça sur le gouvernement une action réelle et constante, que l'on constaterait difficilement à la même époque dans le reste du continent européen. Les cortès du moyen âge tiennent évidemment, dans la constitution castillane, une toute autre place qu'en France les états généraux, et nous croyons même qu'elles sou-

tiendraient, sans trop de désavantage, la comparaison avec le parlement anglais.

C'est donc à l'Espagne que l'on pourrait appliquer ce mot connu d'un célèbre publiciste : « En Europe, la liberté est ancienne, et c'est le despotisme qui est moderne. »

Si, plus tard, la liberté a succombé, ne serait-ce pas justement parce que son éclosion avait été précoce ? Les coalitions politiques se font toujours contre le pouvoir prépondérant, contre la force en évidence. En France, où la féodalité avait d'abord tout absorbé, réduit la royauté à l'impuissance, la royauté, alliée aux communes, a fini par dompter et abattre la féodalité. En Angleterre, où le pouvoir royal, issu de la conquête normande, avait débuté par des allures fières et despotiques, la coalition des communes et de l'aristocratie féodale posa bientôt des limites à la royauté. En Castille, la coalition se forme, au contraire, déjà d'assez bonne heure, entre la couronne, l'aristocratie et l'Eglise, contre l'ascendant des communes et du tiers état.

La résistance des communes fut longue, énergique, et mériterait, certes, de trouver un historien qui en racontât éloquemment les différentes phases.

Lorsque les libertés castillanes périssent, les libertés nationales périssaient, du reste, dans l'Europe entière. Ferdinand et Isabelle commencèrent l'œuvre par l'astuce et la diplomatie. Ximénès, ce Richelieu de l'Espagne, la continua. Charles-Quint et Philippe II l'achevèrent par l'abus de l'immense autorité que les circonstances avaient concentrée dans leurs mains.

Rapport de la féodalité avec les institutions judiciaires.

Dire que les justices féodales furent inconnues en Castille serait peut-être soutenir une thèse un peu trop absolue, mais il est incontestable qu'elles y restèrent renfermées dans des limites fort restreintes.

Dans la féodalité primitive, ou franco-germanique, la justice se compose de trois éléments : 1° la justice hérile, celle des maîtres sur les serviteurs et les esclaves, qui dans le principe n'est pas proprement féodale, mais se rattache à la justice féodale, comme celle-ci se rattachait à la justice patriarcale dans

des temps encore plus primitifs, comme celle-ci se rattachait à la puissance du père de famille dans l'ancien droit romain.

2° La justice dans l'association féodale, la justice relative aux fiefs, laquelle prit généralement la forme de justice des pairs.

3° La justice justicière, issue de l'institution des honneurs, laquelle est un démembrement de la justice publique, une véritable usurpation pratiquée par les seigneurs féodaux aux dépens des droits de l'Etat et de l'indépendance des hommes libres.

En Espagne, la justice hérile, si absolue chez les Romains, joue encore un rôle considérable dans l'époque barbare. Depuis lors la guerre continuelle contre les Maures conserva un élément purement servile même jusqu'au temps des Siete Partidas. Cette justice hérile paraît s'être étendue, pendant la première moitié du moyen âge, au moins sur les *pecheros* et notamment sur la classe nombreuse des *solariegos*.

En revanche, selon nous, elle ne se serait point étendue sur les habitants des terres de behetria [2].

Les concessions multipliées des fueros qui eurent lieu aux onzième et douzième siècles eurent pour effet d'accroître le nombre des petits propriétaires libres. Partout au moyen âge l'un des principaux buts des chartes communales fut d'étendre la sphère de la juridiction publique aux dépens de celle qu'avaient usurpée les seigneurs féodaux.

La justice propre à l'association féodale est expressément mentionnée dans les Siete Partidas [3]. Elle concerne toutes contestations qui pourraient s'élever entre un seigneur et son vassal; ainsi, par exemple, sur la question de savoir si le vassal a donné lieu à la reprise du fief, les parties nomment deux vassaux qui prononcent comme juges arbitres. Si, en revanche, il y a contestation entre deux vassaux du même seigneur relativement à leurs fiefs, c'est le seigneur qui jugera; si la contestation

[1] Ce fait que, dans la Gaule occupée autrefois par les Visigoths, la classe des agriculteurs libres se rendant la justice entre eux s'est conservée longtemps, vient encore ici à l'appui de notre opinion. En Guyenne, les hommes de *poete* avaient leurs justices propres encore au temps du prince Noir.

[2] Loi 2, tit. XXVI, part. 4.

a lieu entre un vassal et un étranger au fief, elle est soumise au juge ordinaire. Il en est de même si la contestation a lieu entre vassaux de différents seigneurs.

Comme on voit, la *justice du fief* est tout à la fois restreinte et simplifiée; son institution même paraît être une création nouvelle du législateur.

Ce que l'on a appelé en France la *justice justicière*, c'était cette juridiction que les seigneurs eurent d'abord, en qualité d'employés de l'Etat et de possesseurs d'honneurs. Cet élément, le plus important de beaucoup des justices seigneuriales du moyen âge, était encore inconnu dans le royaume de Castille à la fin du treizième siècle. La législation d'Alphonse X l'exclut positivement. Si dès lors il s'est manifesté quelquefois chez l'aristocratie des velléités d'arracher à la couronne certaines concessions à cet égard, de telles tentatives, toujours vigoureusement combattues par les communes, ne réussirent jamais que très-partiellement et momentanément; en sorte que, sauf de rares et tardives exceptions, l'élément de la justice justicière est resté étranger aux institutions judiciaires dans le royaume de Castille.

Tous les écrivains espagnols, aussi bien ceux qui admettent en plein l'existence du système féodal en Castille que ceux qui la contestent, sont d'accord sur ce point, qui se trouve ainsi placé hors de contestation.

Citons Sempère, celui de tous qui a le plus soutenu la thèse de Robertson, touchant l'existence d'un système féodal complet et pareil à celui qui a existé dans le reste de l'Europe; cet écrivain s'exprime ainsi : « Tandis que la majeure partie des campagnes étaient la propriété des nobles, cultivées par des colons soumis à la juridiction *de leurs propriétaires*, les cités et les villes *furent toujours régies par des comtes et des juges nommés par le roi*, jusqu'à ce que des fueros particuliers eussent accordé à quelques-unes d'entre elles la facilité d'élire elles-mêmes leurs magistrats.» Sempère va encore plus loin bientôt après, dans ses concessions et dans ses aveux; il explique pourquoi anciennement les seigneurs n'eurent pas droit de juridiction à l'égard des hommes libres : « Quand, dit-il, les comtés et les seigneuries s'obtenaient seulement en fief et en tenure temporaire, les seigneurs, sachant qu'après leur mort la seigneurie passait à des étrangers, n'avaient pas autant de stimulant pour usurper la juridiction et

pour l'étendre d'une manière illimitée. Mais, depuis qu'ils purent s'envisager comme seigneurs héréditaires, il n'y eut pas de moyens qu'ils n'employassent pour accroître leur pouvoir. » Cette observation pleine de sens est propre à jeter du jour sur la question qui nous occupe. Dans l'empire franc, l'hérédité des fiefs est un fait contemporain de l'appropriation des honneurs et des droits de justice ; les deux choses se lient historiquement et logiquement de la manière la plus intime.

Les anciens comtes du royaume de Castille, au contraire, sont toujours demeurés de simples employés du roi ; par cette raison précisément les fiefs sont restés dans le domaine du droit privé. Une hiérarchie de seigneuries, plus ou moins dépendante de la couronne, ne s'est point substituée à l'unité politique de l'Etat ; la compétence judiciaire qui appartenait primitivement à l'Etat n'a pas pu lui être arrachée.

On pourrait conclure de là que ceux qui affirment la féodalité en Castille ont raison au point de vue du droit privé, et que ceux qui la nient ont aussi raison, au point de vue du droit public. Car c'est surtout par l'appropriation des droits de juridiction appartenant de leur essence à l'Etat que les fiefs sont devenus de véritables seigneuries, et que les seigneuries ont pris, jusqu'à un certain point, l'apparence d'Etats indépendants.

Au treizième siècle, alors que le régime de la féodalité était depuis longtemps le droit commun en Europe, Fernand le Saint comprit que l'aristocratie, maîtresse partout ailleurs, menacerait un peu l'autorité, dont il devait transmettre le dépôt à ses successeurs, et qu'elle chercherait à se rendre maîtresse de la juridiction. Dans cette prévision, ce prince supprima l'office des comtes, qui jusqu'alors avaient réuni le triple pouvoir militaire, politique et judiciaire ; il confia le pouvoir civil à de nouveaux magistrats nommés *adelantados* (qui marche le premier), ou *merinos* (abréviation de *majorino*, maire). Les merinos majores correspondent assez bien aux grands baillis de France, qui furent institués à peu près à la même époque. Sous ces magistrats, préposés à toute une province, étaient placés les simples *merinos*, préposés à un district, et les alcades, ou juges locaux, dont le nom, tiré de l'arabe (*al cadi*), n'a été donné aux juges que depuis la prise de Tolède. Les adelantados et les merinos étaient nommés par le roi et pris parmi les individus des

classes supérieures qui avaient des connaissances juridiques. Une partie des alcades était nommée par le roi et l'autre par les citoyens, selon le fuero de la localité.

Jusqu'aux Siete Partidas, à part la juridiction hérile, il n'y avait en Castille que la juridiction royale et la juridiction ecclésiastique, encore celle-ci était-elle bien moins étendue qu'elle l'est devenue dans la suite.

Les juges nommés par les localités exerçaient leur pouvoir au nom du roi, comme ceux qui étaient nommés par le roi lui-même. Si quelques concessions de juridiction avaient été faites çà et là par la couronne, elles n'avaient eu lieu qu'en faveur de l'Eglise, et ne concernaient jamais la haute juridiction, qui restait réservée au roi.

La haute justice renfermait essentiellement la juridiction criminelle[1], les *cas de corte*, analogues à ceux qu'en France on appelait les *cas royaux*. D'après le fuero de Léon[2], sont cas de corte : mort d'homme, vol de grand chemin ou d'église, et le délit appelé *conducho tomado*, qui consistait à enlever des provisions de voyage sans en avoir le droit.

D'après le code d'Alphonse X[3], les cas qui peuvent être portés directement devant la cour du roi sont le vol de grand chemin à main armée, la rupture illicite d'une trêve, le rapt, le meurtre, l'enlèvement d'un prisonnier, la falsification des monnaies, l'imitation du sceau du roi, la trahison et toutes les causes intentées par un orphelin ou un pauvre contre un plaideur puissant, qui aurait empêché de lui rendre justice dans la localité.

On cite un seul feudataire ayant possédé anciennement la haute juridiction, c'est le comte de Portugal, auquel nous avons vu qu'il fut fait une position exceptionnelle ; les sentences des autres comtes, même des puissants comtes de Castille et de Biscaye, étaient soumises à la confirmation du roi. La cour du roi (la corte) était d'ailleurs la cour d'appel pour tous les tribunaux du royaume[4].

[1] *Imperium merum*, en espagnol *señoreria eminente* ou *mayoreria de justicia*. Le roi ne la doit donner à aucun homme. *Fuero viecho*, tit. V, liv. I.

[2] § 1, tit. IV, liv. II.

[3] Loi 5, tit. III, part. 3.

[4] Voir la loi 18, tit. IX, part. 2, qui énumère les qualités que doivent réunir les juges de cette haute cour.

Alphonse le Sage, afin de prévenir autant que possible l'aliénation des droits de justice, ordonna [1] que ces droits seraient toujours censés réservés, et que si même un droit de justice a été concédé expressément, il ne le soit que pour la durée de la vie du prince qui l'a concédé. L'aliénation d'une telle concession, de la part du sujet qui l'aurait reçue, serait envisagée comme un délit de trahison. Ainsi, observe Gregorio Lopez, on ne saurait jamais acquérir par prescription la haute juridiction, tout comme aucun seigneur ne saurait non plus donner fuero dans ses terres sans l'approbation du monarque. Tout cela montre combien l'autorité souveraine s'était conservée intacte en ce pays. Mais, depuis la révolte de Sanche le Brave contre son père, les choses commencèrent à changer un peu de tournure. Afin de se maintenir contre les infants de la Cerda, qu'Alphonse X, justement irrité, lui avait préférés dans son testament, Sanche se vit obligé d'aliéner, non-seulement les revenus de la couronne, mais encore ses priviléges et son autorité. Dès lors on put voir la juridiction, autrefois réservée au roi, exercée par quelques seigneurs. Jusqu'au règne réparateur d'Alphonse XI, l'anarchie régna sans relâche, et la noblesse en profita pour opprimer les villes et les campagnes, et braver un pouvoir qui n'avait plus assez de force pour se faire respecter.

L'ordonnance d'Alcala [2], rendue sous ce règne, reproduit en partie les Siete Partidas en tout ce qui concerne la juridiction, les régales, les mines, la monnaie; elle y déroge seulement lorsqu'elle admet que la juridiction peut être acquise par prescription, mais par la prescription la plus longue possible; ainsi la mayoria de justicia (justice du sang) ne peut se prescrire contre le roi que par cent ans, et la justice civile par quarante. Le roi se réserve, en outre, de faire justice si le seigneur néglige de la faire. On voit ici que la loi a dû composer avec des faits nouveaux, qui lui répugnent, mais qu'elle ne juge pas possible d'effacer tout à fait. Depuis ce moment jusqu'au règne des rois catholiques, il y a un combat continuel entre la noblesse et le tiers état, au sujet des juridictions. Les empiétements des sei-

[1] Loi 5, tit. XV, part. 2.
[2] Loi 3, tit. XXVII, liv. III.

gneurs sur la juridiction royale et les aliénations du domaine de la couronne sont le sujet constant des réclamations des cortès.

Au quinzième siècle, on en était arrivé à ce point que les seigneurs les plus puissants ne se contentaient plus de la justice ordinaire, ou de première instance, ils aspirent à cette haute justice que les anciennes lois avaient toujours envisagée comme l'attribut inséparable de la souveraineté. Ni Juan II, ni Henri IV n'étaient hommes à réprimer de tels excès. Pour retrouver un moment pareil dans l'histoire des peuples voisins, il faudrait remonter aux temps calamiteux des derniers Carlovingiens; mais l'issue fut bien différente.

EDOUARD SECRETAN,
Professeur de droit à Lausanne.

(*La suite prochainement.*)

NOTICE DE QUATRE MANUSCRITS

DU GRAND COUTUMIER DE FRANCE.

On ne sait encore rien de bien précis sur l'origine et sur le caractère primitif du grand Coutumier de France. Le texte publié au seizième siècle, et dont on connaît au moins huit éditions, est évidemment une compilation, un composé d'éléments hétérogènes. Il serait intéressant, à coup sûr, de pouvoir distinguer ces divers éléments, de rétablir le texte primitif, d'en déterminer la date, et d'en nommer l'auteur. C'est à quoi on ne peut arriver que par la comparaison des manuscrits. M. Beautemps-Beaupré a déjà fait connaître dans cette Revue [1] un manuscrit conservé à la Bibliothèque de Troyes. La Bibliothèque impériale, à Paris, en contient quatre que nous venons signaler à l'attention des futurs éditeurs du grand Coutumier.

I

Le premier de ces manuscrits est coté 119, fonds Notre-Dame. Il a appartenu à Antoine Loysel, qui a écrit de sa main, au haut de la première page, son nom et le titre suivant : « Grand Coustumier imprimé, 1452. » On lit ensuite la note suivante : « Ce libvre a esté faict du temps du roy Charles VII, il i a plus de cent (cinquante) ans par un homme scavant en droit et en practique, et fut escript par Philippe le Blanc. »

Après le grand Coutumier, ce manuscrit contient un recueil d'ordonnances royales, dont la première porte la rubrique suivante : « Extrait des ordonnances ja pieça faites par le roy Philippe le Bel, cest assavoir en l'an MCCC et deux, en may. » Viennent ensuite d'autres textes, puis une rubrique « du serment des baillis et des ordonnances sur ce faictes ; » puis enfin la pragmatique sanction de Charles VII, les libertés de l'Eglise gallicane (1408), et l'ordonnance de Montil-les-Tours sur le fait de la justice (1453).

[1] Voir t. III, p. 476.

Les deux parties du manuscrit étant de la même main, nous avons ainsi la certitude qu'il a été écrit dans la seconde moitié du quinzième siècle.

Le second des manuscrits que nous voulons faire connaître, portait jusqu'à ces derniers temps le numéro 9827 du fonds français. Il porte aujourd'hui le numéro 5277.

Il contient : 1° l'ordonnance de Montil-les-Tours (1453); 2° le grand Coutumier, avec cette rubrique : « C'est le Coustumier de France ouquel est traictié de plusieurs coustumes, usaiges et stilles estans es pays de France, et de plusieurs autres drois et loys, et premierement quest justice, en la maniere qui sensuit; » 3° le style du Parlement; 4° le style des Requêtes du Palais; 5° enfin des instructions du Conseil du Roi sur les amortissements, francs fiefs et nouveaux acquêts, au bas desquelles on lit : « Collationnées par Fromont, commis des deux trésoriers de France, le 26 mai 1461. »

Le dernier feuillet porte la note suivante : « Cest livre appartient a Francoys Barbier lequel la escript luy estant clerc de maistre Amé Mignon, procureur en Parlement, lequel livre fut relié et parchevé ledit Barbier estant clerc de monsieur M. Antoine Favre, aussi procureur en Parlement, le VII^e^ jour de septembre lan MIIII^c^LXXVII. »

Le troisième manuscrit porte le numéro 1316 du fonds Saint-Germain. Il contient le grand Coutumier et l'ordonnance de Montil-les-Tours. A la fin du dernier chapitre du grand Coutumier, le copiste a écrit ces mots : « Explicit. Hunc finem tetigi quem multum desideravi. » Le manuscrit n'est pas daté, comme le précédent, mais il ne peut avoir été écrit avant 1453, puisqu'il contient l'ordonnance de Montil-les-Tours.

Enfin le quatrième manuscrit portait autrefois le numéro 9389. Il porte aujourd'hui le numéro 4369. Une main postérieure a écrit en tête du premier feuillet, par erreur : « Somme ruralle de Boutillier. » Ce manuscrit ne contient que le grand Coutumier. Il n'est pas daté, mais l'écriture est toute semblable à celle des trois manuscrits précédents, et appartient évidemment à la même époque.

En résumé, ces quatre manuscrits sont tous, comme celui de Troyes, de la seconde moitié du quinzième siècle.

II

Si l'on compare ces quatre manuscrits entre eux, on est frappé des différences qu'ils présentent. Deux seulement, les numéros 1316, Saint-Germain, et 4369 donnent le même texte, et encore le premier finit par le titre de bail et de garde avec cette note : « darrenier chappitre, » tandis que le second contient, en outre, les cinq chapitres suivants :

Des mineurs.
De provision.
Des délits et injures.
De feudis.
Coustumes de fiefs.

Nous avons donc sous les yeux trois textes différents. Pour faire connaître de quoi ils se composent, nous allons donner la table des chapitres de chacun d'eux.

1° Manuscrit fonds Notre-Dame, 119.

1. De justicia.
2. Coustume.
3. De successione bastardorum.
4. Des usages et observances.
5. De stile.
6. De la division des choses.
7. Des choses corporelles et incorporelles.
8. De servitude.
9. De cautions.
10. De prescription et usucapion.
11. De don.
12. De obligations.
13. Des seigneurs.
14. Du nombre des biens.
15. Des lignes de consanguinité.
16. Du nombre des personnes.
17. De l'exécution des lettres.
18. De criées de maisons.
19. Que sont commission, supplicacion et rogat.
20. Quelle chose est prévosté, vicomté et banlieue.
21. De la division des meubles et de héritaiges.
22. Des cas de nouvelleté.
23. Exceptions sur le cas de nouvelleté.
24. De saisine en censive.
25. De saisine en fief.
26. Du serment de feauté.
27. De serment d'aubain.
28. De amortissement.
29. De franc aleu.
30. De droit de patronage.
31. De retraits.
32. Cy ensuivent plusieurs notables touchant retraits.
33. De privilege.
34. De propriété et du droit des propriétaires.
35. Du droit de propriété doit len quelque chose dire.
36. Vues, égoûts, esviers et glaconnières.
37. Cas de peril.
38. Du droit des censiers.
39. De conventions entre homme et femme.
40. De succession.
41. De garde et de bail.
42. De mineurs, tuteurs et curateurs.
43. De donner provision.
44. De delits.
45. De fractione salvæ gardiæ.
46. De feudis.
47. Coustumes de fiefs.
48. De l'office de juge.
49. De juges arbitres.
50. Des cas qui peuvent toucher le roy, l'evesque et premièrement sensuit la tollerance.
51. Des clers non mariés.

52. Des clers mariés.
53. Que est haute justice, moyenne et basse justice.
54. Quest moyenne justice.
55. Quest basse justice.
56. Quest justice foncière.
57. Des peines.

Si on compare cette table à celle du grand Coutumier imprimé, on voit que ce texte correspond aux livres II et IV des éditions. Le livre III manque entièrement, et du livre Ier nous ne trouvons que deux fragments très-courts (tit. XX et XXX).

2° Manuscrit 5277.

1. Quest justice.
2. Quels sont les commandemens de droit.
3. Quest droit naturel.
4. Quest droit escript.
5. Quest droit non escript.
6. Quest coustume de pais.
7. Quest us.
8. Quest stille.
9. La division des choses.
10. Des choses corporelles et incorporelles.
11. De arrest et de division de meubles et heritaige.
12. Doffice de sergent et des adiournemens.
13. Des essoynes.
14. La difference de commissions, supplications et rogas.
15. Des obligations.
16. Des actions.
17. De donnation.
18. De reyvendication.
19. Des executions des lettres.
20. Des criées de maisons ou heritaiges.
21. Des causes pour adnuller ung decret.
22. De pleiges et plegeries.
23. De caution.
24. De usucapion et prescription.
25. Comment usucapion na point de lieu contre prince.
26. Comment action de dol dure trente ans.
27. Comment meubles nont point de suyte se ils ne sont transportés par fraude.
28. De emancipation.
29. De ceulx estans en puissance d'aultruy.
30. Des cas touchans le roy et sa juridiction temporelle, et des cas touchant levesque et sa juridiction espirituelle, et furent advisés les points qui y sont contenus entre lesdits Roy et evesque estre tollerés.
31. Lettres royaulx trouvées en parlement touchant lesdits cas du Roy et de levesque.
32. Du debat dentre le duc de Bourgogne et son bailly de Chaalon contre levesque de Chaalon et son official.
33. Des clers non mariés.
34. Des clers mariés.
35. De franchises en eglises.
36. Des testamens et de l'execution diceulx.
37. De deux lignes de consanguinité.
38. De seigneurs et seigneuries.
39. Des personnes nobles.
40. Des personnes non nobles et franches.
41. Des nobles de serve condition.
42. De servitudes.
43. Des bastars.
44. Du nombre des biens.
45. De champart.
46. De saisine en censive.
47. De saisine en fief.
48. Coustumes de fief.
49. Des privilleges des nobles.
50. De garde et bail et des receveurs, tuteurs, curateurs et baillisseurs.
51. De rachat.
52. De franc ailleu.
53. De admortissemens.
54. Le serment de feaulté que les prelas de France doivent faire.
55. Le serment et hommaige que doivent faire les nobles.
56. Le serment de feaulté d'un aubain.
57. De injures.
58. De effractione salvegardie.
59. De asseurement.
60. De guerres privées.
61. De delicts.
62. Des peines.

63. Des proces criminels.
64. De forfaitures et confiscations.
65. Quest haulte et moienne justice.
66. De basse justice.
67. De justice fonciere.
68. De seigneurie fonciere.
69. De seigneurie treffonciere.
70. Du droit des censiers.
71. Du droit des propriétaires.
72. De cas de peril.
73. De veues, agoux, esviers et glaconieres.
74. De succession.
75. De succession en cas de fiefs et autrement.
76. De garde et bail.
77. De mineurs, tuteurs et curateurs.
78. De donner provision a une femme pour son douaire.
79. De justicia (Etats du parlement, Chatelet, etc.).
80. Du nombre des personnes.
81. De possession et saisine en cas de nouvelleté.
82. Exceptions sur le cas de nouvelleté.
83. De retraicts.
84. Plusieurs notables touchant retraicts.
85. De conventions entre homme et femme et de communaulté.
86. Autres coustumes de fief.
87. Des juges arbitres et arbitrages.
88. De l'office de juge.
89. De exceptione declinatoria.
90. De exception dilatoire.
91. De exception peremptoire.

Il suffit de rapprocher cette table de la précédente pour voir que le texte du numéro 5277 est plus long que celui du numéro 119, Notre-Dame. On y trouve quelques-uns des chapitres dont les éditeurs du seizième siècle ont composé le livre III, notamment les chapitres XII et XIII. Toutefois, il ne faudrait pas attacher, dans cette comparaison, trop d'importance au nombre des chapitres, car le numéro 5277 met quelquefois en trois chapitres ce que le numéro 119, Notre-Dame, resserre en un seul.

3° Manuscrit 1316, Saint-Germain.

1. De justice.
2. Qu'est haulte justice.
3. De moyenne justice.
4. De basse justice.
5. Coustume.
6. De usaige.
7. De stille.
8. De la division des choses.
9. Des choses corporelles et incorporelles.
10. De servitude.
11. De albain.
12. De caucion.
13. Demancipacion.
14. De bourgeoisie.
15. De don.
16. De obligacion et action, de execucion, de vendicion de meuble, de criées de heritages et darests.
17. Pour anuller ung decret.
18. Novacion de lettres.
19. De respit de debtes et estat par impetracion royal.
20. De seigneurs et seigneuries.
21. De lignes de consanguinité.
22. De cognacion loyal.
23. De cognacion spirituelle.
24. De affinité.
25. Du nombre des personnes.
26. Que sont commission, supplicacion et rogat.
27. Quelle chose est prevosté, viconté et banlieue.
28. Quest chastellenie, quest baronnie et terre tenue en baronnie.
29. De la division de meuble et de heritaige.
30. De empcion et vendicion.
31. Deception oultre la moitié du juste prix.
32. De rectrais. — Cy ensuivent plusieurs notables touchant retrais.
33. De previllege.
34. Du droit des censiers.

35. De veues, égous, esviers et gla-
çonnieres.
36. Du droit des propriétaires des
maisons, et des usagiers et
usufructiers.
37. Exceptions sur cas de nouvel-
leté.
38. Des cas de propriété, et de ce
et autre responce ou traictie
maistre Guillaume Dubrueil.
39. De reivendicacion.
40. De amortissement.
41. De franc alieu.
42. De sauvegarde enfrainte.
43. Pour executer et deffendre sur
sauvegarde enfrainte.
44. De assurement.
45. Des causes des pers de France.
46. De convencions entre lomme et
sa femme.
47. De douaires tant en censive
comme en fief.
48. De faire testament.
49. De succession.
50. De ceulx dont il est doubte
entre gens qui doyvent suc-
ceder, et de bastars.
51. Des partaiges et divisions, tu-
teurs et curateurs de la ville
de Paris.
52. De acquerir pocession en fief,
dedens quel temps lon doit
aler au seigneur, et comment
lon doit faire son hommaige.
53. De bail et garde.

Nous avons déjà vu que le manuscrit 4369 ajoute les cinq chapitres suivants :

54. Des mineurs.
55. De provision.
56. Des délits et injures.
57. De feudis.
58. Coutumes de fief.

Si nous comparons ce texte avec les imprimés, nous voyons qu'il contient le livre II, deux titres du livre I^er^ (27 et 28), un titre du livre III (45), et trois titres du livre IV (2, 3, 4).

On voit assez, par ces tables, combien nos trois textes diffèrent du texte imprimé et combien ils diffèrent entre eux, soit par les titres dont ils se composent, soit par l'ordre dans lequel ces titres sont rangés.

III

Il ne nous reste plus, pour achever de faire connaître nos trois textes, qu'à transcrire un chapitre du grand Coutumier d'après l'un de nos manuscrits, en marquant les variantes et additions des autres.

Voici le titre : « Du Nombre des personnes, » d'après les manuscrits n^os^ 1316, Saint-Germain, et 4369. Nous donnons en note les variantes des deux autres.

DU NOMBRE DES PERSONNES [1].

Les unes personnes sont nobles, les autres non nobles [2]. Les nobles sont dis nobles par II manieres, car les ungs sont nobles de nature, les autres sont nobles par fait. Les nobles de nature sont ceulx qui ont prins naissance de nobles. Par fait sont personnes non nobles de nature, mais ils sont nobles par lautorité du prince ou par raison daucun office comme sergent darmes, etc.

Item. Les nobles de nature sont personnes simplement franches qui de droit sont quittes et franches de toutes singulieres servitudes, impots, assez ou tailles tant de pays comme de villes, et quelque part que iceulx nobles demourent, soit a champ ou a ville, et de toutes autres subsides, car les nobles furent esleus et ordonnés pour tenir et garder le pays en paix et pour deffendre les subgets et la chose publicque, et pour ce doibvent ils reluire en vie et en mœurs par devant tous autres, et doibvent donner a tous exemple de toute honnesteté; et pour ce dit lon communement quils sont subgets du roy tant seullement et sans aucun moyen... et tient len que au roy seul en appartient la congnoissance des nobles en cas de delit, si comme il est cy dessus ou titre de haulte justice.

Mais toutesvoye [3] par le privillege ou aumoien danciens usaiges et coustumes plusieurs seigneurs en ont la congnoissance comme Monseigneur de Montmorency, le comte Dampmartin et plusieurs autres. Et sont les nobles plus griefvement pugnis en cas de delit que les non nobles; et dit len communement que ung noble ne paye point damende maindre de LX lb.

[4] Les non nobles sont dis en deux manieres, car les uns sont franches personnes, les autres sont de serve condition. Les non nobles sont personnes qui sont subgets aux tailles, impositions et gabelles et autres subsides du pays. Et pour raison de leur subjection sont moins pugnis en pareils delits que les nobles

[1] 5277 coupe ce titre en trois : des personnes nobles; des personnes non nobles et franches; des nobles (*sic*) de serve condition.

[2] 5277 commence ici.

[3] 5277. Mais dusaige et coustume.

[4] Ce paragraphe manque dans 5277.

seroient pour brief, si comme pour briser arrest les non nobles donnent pour amende LX sols et pour semblable les nobles LX lbs.

Item. Les personnes non nobles et franches sont celles qui peuvent [1] ordonner à leur volenté de tous leurs biens, sans delinquer ou forfaire envers aucun. Et se peuvent marier a qui il leur plaist, vendre ou donner leurs biens, et faire testament, et ne doibvent tailles ne autres redevances pour raison de leurs personnes, jassoit ce que si pour raison de leurs biens [2].

[3] Nota que la noblesse de lomme procede en la lignee de sa femme, mais toutesvoys que sa femme ne soit pas de serve condition, car sers ne serves ne sont point prenables de noblesse, mais les franches personnes si ; et pour ce se une femme non noble, mais que elle soit franche « uxoretur viro nobili, eo ipso » elle est faitte noble, et les enffans qui de eulx seront procréés. Mais se la femme est serve, elle ne sera mie faitte noble parce. Et se les hoirs qui deulx seront procréés renoncent à la succession de leur mere, ils seront nobles, mais se ils apprehendent ils seront non nobles et sers. Et pour ceste cause femme serve ne se peut marier a homme noble sans soy formarier se elle na le consentement de son seigneur.

Servitute procede de la mère, « nam partus sequitur ventrem, » et pour ce les enfans des hommes francs et des femmes serves sont serfs. « Jura diversa debentur dominis diversis secundum diversitatem servitutum, conditionum et locorum. »

Mais les personnes de serve condition et delaquelle servitude la rubriche qui est ci devant ou nombre... sont ceulx ou celles desquelles leurs personnes sont tellement serves qu'ils ne peuvent ordonner [4] en plusieurs cas ne de eulx ne de leurs biens sans le consentement de leurs seigneurs, ne se peuvent marier, ne faire testament, et se ils trespassent sans hoirs nés et procréés de leurs corps, leurs seigneurs succedent a eulx, et ils ne peuvent avoir couronne sans le congie et auctorité de leurs seigneurs,

[1] 5277. Les personnes non nobles et franches peuvent.

[2] 5277. Et sont subjectes aux tailles, pour raison de leur subjection sont moins pugnis en pareils delits que les nobles.

[3] Ce paragraphe et le suivant ne viennent que plus loin dans 5277, et dans N.-D. 119.

[4] 5277. Les nobles de serve condition ne peuvent ordonner, etc.

et en quelque lieu que ils voisent leurs personnes sont tousjours obligées selon la condition de leur servitude. Et font a leur seigneur et sont tenus de faire le serment qui sensuit [1] : « Tu jures que de cy en avant tu me porteras foy et loyaulté comme a ton seigneur, et que tu te maintendras homme de telle condition que tu es, et que tu me payeras mes debtes bien et loyaulment, toutte foys que payer les me devras, et ne pourchasseras chose par quoy je perde obeissance de toy ne de tes hoirs; ne tu ne partiras de ma court, se ce nestoit pour deffault de droit ou de mauvais jugement, et en tout cas tu advoues ma court pour toy et pour tes hoirs, » et de tel serf qui en ce deffault vous avez propres libelles et escriptures ou chapitre de libelles au nombre...

Nota que se je trouve mes hommes de corps couchans et levans sous le Roy je ne les puis adjourner de mon auctorité pour raison de la servitude en quoy ils me sont tenus, ne pour aucune dette personnelle en quoy ils me soient obligés, mais je dois querir mon droit par devant les gens du roy. Mais il est autrement se ung qui soit serf du roy est trouvé en ma terre, car le roy pour raison et a cause de sa souveraineté peut exploicter partout.

Toutesvoyes tous tels serfs ou serves peuvent bien estre [2] manumis et delivrés dicelle servitude par lauctorité de leur seigneur ou par privillege du lieu ou ils sont.

Nota que [3] en Brie et en Champaigne plusieurs personnes sont serves et de mortemain et de formariage, et taillables a volonté.

Mortemain cest a dire quand ils meurent sans hoirs procréés et descendus de leur corps le seigneur a tous leurs biens et succede a eulx. Formariage cest a dire que telles personnes serves ne se peuvent marier en personne dautre condition ne dautre justice sans le congié de leur seigneur.

Taillables c'est a dire que le seigneur les peut tailler une fois lan, qui est a entendre du quint de leurs meubles, et pour ce quant tu auras a besogner [4] sur telles choses, conseille ten et te

[1] Ce serment et le paragraphe suivant manquent dans N.-D. 119 et dans 5277.

[2] S'ils ne sont (N.-D. 119 et 5277).

[3] Toutesvoyes, 5277.

[4] « Ideo cum de talibus habebis agere in aliqua patria informa te per « illos qui illius patriæ consuetudines cognoscunt. »

gouverne par ceulx qui scevent les usaiges du pays ou les besongnes sont a faire.

Nota que se aucun homme serf prend par mariage une femme franche ou de meilleure condition que la sienne, ou femme qui soit serve dautre seigneur et sans le consentement de son seigneur, il forfait son mariage [1].

Item. En la comté de Champaigne ung serf ne peut faire testament de plus de cinq sols [2], et illec saucun noble prent une femme serve, et ayent enffans, eo ipso ils sont francs, mais que ils renoncent a la succession de leur mere.

A Colunmiers en Brie le curé de leglise parrochial dit que son eglise doit avoir le tiers des biens meubles de tous les trespassés ses parrossiens serfs ou serves, tous les biens partis en ceste maniere cest à savoir que le seigneur en a les deux parts et de lautre tierce partie le tiers est converti pour lobseque, lautre tiers au curé et lautre tiers aux margliers de leglise pour ce qu'il y est enterré [3].

Ou pays chartrain le roy et le chappitre de Chartres en ung mesme lieu ont serfs ou serves, mais les serfs de lung ne oseraient contratter mariage avec les serves de lautre ne aussy avecques femmes franches, sans licence. Les serfs du roy scevent en somme combien ils doibvent payer pour parroisse, et paye lune parroisse lune plus que lautre, et ces sommes ne croissent ne appetissent, car se la plus grande parroisse et qui doit la plus grant somme estoit amendrie de gens, tellement que il ny eust que une personne, si payeroit au recepveur toute la somme, et se la parroisse estoit accreue de ung millier de personnes serves, si ne payeroit elle que la somme, ainsy la recepte du roy ne croist ni napetisse. Les serfs de chappitre paient chacun ung blanc par an à certain jour, et leurs enffans ne paient rien tant que ils soient « filii familias. » Mais après ils paient. Item se chappitre leur donne couronne.

[1] N.-D. 119 et 5277 : « Nota que si vir uxorem liberam aut uxorem me-« lioris conditionis aut uxorem servam domini alterius et sine consensu « domini sui, forefecit matrimonium suum. »

[2] Ce paragraphe finit ici dans 5277.

[3] N.-D. 119 finit ici ; 5277 finit ici, mais ajoute : « Item le serf mort saisit le vif son seigneur. Ung homme de condition serve est escuier en nombre de terre. Le seigneur (peut) abandonner son serf pour souffrir peine et pour ce nen pert il mie la seigneurie. »

Ou bailliage de Senlis, en la prevosté d'Auge, en une ville appelée Brathueil, a serfs de telle condition que, quand ils se marient, le seigneur doibt coucher la première nuit avec la femme du serf, mais le seigneur len quitte pour V sols sil veult.

IV

On voit que les manuscrits fournissent des additions importantes au texte imprimé. Sans doute le texte imprimé devra toujours être suivi par un nouvel éditeur. C'est en quelque sorte une *vulgate* qui doit servir de base à tout travail critique. Mais il conviendra d'ajouter à chaque chapitre en forme d'appendice les paragraphes inédits que fournissent les divers manuscrits.

Si les manuscrits que nous venons de faire connaître ne nous apprennent pas tout ce que nous voudrions savoir, ils nous suggèrent cependant quelques inductions qui ne sont pas sans intérêt. Ainsi les cinq manuscrits connus jusqu'ici sont de la fin du quinzième siècle, et deux d'entre eux font précéder ou suivre le grand Coutumier de l'ordonnance de Montil-les-Tours, précisément celle qui a ordonné la rédaction des coutumes. Ne peut-on pas supposer que le grand Coutumier a été composé à la même époque, et constitue un premier essai de rédaction de la coutume de Paris ?

Les arrêts cités dans le grand Coutumier appartiennent en général au quatorzième siècle. Il y en a cependant aussi du quinzième. Mais en présence de divergences si considérables, il faut renoncer à tirer de ces dates des conclusions trop absolues, car il est possible que les copistes aient ajouté au texte primitif les arrêts postérieurs. En outre les textes sont fort incorrects, et les chiffres peu sûrs, ainsi qu'on peut s'en assurer en comparant les divers manuscrits.

Espérons que de nouvelles recherches dans les bibliothèques de province feront connaître de nouveaux textes, et amèneront enfin la solution des questions que nous avons soulevées. On nous assure qu'un sixième manuscrit se trouve à la bibliothèque de Rouen.

R. Dareste.

DE LA RÉTENTION DE LA RÉSERVE

PAR L'HÉRITIER RENONÇANT.

Chargé d'examiner un ouvrage fort intéressant[1], dû à la plume d'un collègue pour lequel nous ressentons l'amitié la plus sincère, mais en même temps obligé, pour rester fidèle à nos convictions, de combattre la solution principale que l'auteur s'est efforcé de justifier, nous n'avons pas cru pouvoir aborder l'appréciation du système de M. Ragon, sans exposer nos propres idées sur cette matière. L'importance du sujet et l'ardeur des débats auxquels il donne lieu depuis longtemps seront notre excuse pour nous faire pardonner les développements qui précèdent le compte rendu, dont la tâche nous a été confiée par MM. les directeurs de la Revue, tâche que nous avons acceptée avec empressement, et dont l'accomplissement nous procure la satisfaction de proclamer le mérite d'une œuvre pleine de logique et dictée par un esprit nourri des plus saines études.

Sous ce titre : *Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles*, M. Ragon vient de publier le fruit de ses longues réflexions sur cette question célèbre : *Le successible réservataire, qui a reçu un don ou un legs sans préciput, peut-il, quand il renonce, retenir, sur la libéralité dont il a été l'objet, même sa part dans la réserve?* La Cour de cassation, qui avait d'abord proscrit pour ce cas le cumul de la réserve et de la quotité disponible, a abandonné cette première solution pour admettre, au contraire, la possibilité du cumul. Cette jurisprudence, dans laquelle la Cour suprême persévère, et qu'elle a déjà consacrée par des arrêts assez nombreux, a soulevé les critiques les plus vives de la part de la presque unanimité des au-

[1] Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles, avec résolution affirmative de la question du cumul de la réserve et de la portion disponible, suivant l'ancien droit, le Code Napoléon et la jurisprudence; par M. C.-F. Ragon, professeur à la Faculté de droit de Poitiers. 2 vol. in-8°, Paris, Durand, 1862.

teurs, de même qu'elle a rencontré une résistance énergique dans diverses Cours impériales. Notre savant collègue de la Faculté de Poitiers, après avoir mûri cette question pendant près de dix ans, se range résolûment en faveur de la théorie suivie par la Cour de cassation, et il se hâte d'inscrire son opinion sur le frontispice de son livre, en affirmant que le Code Napoléon s'est conformé aux errements de la législation romaine et de l'ancien droit français.

Cependant, presque au même moment où M. Ragon livrait au public deux volumes destinés à venger la jurisprudence de la Cour de cassation des attaques auxquelles elle est en butte, l'illustre doyen de la Faculté de Caen faisait paraître le tome deuxième de son *Traité des donations entre-vifs et des testaments*. Amené à traiter le même sujet que M. Ragon, M. Demolombe s'est prononcé en sens inverse, venant ainsi jeter dans la balance le poids de sa grande autorité du côté des adversaires du système de la Cour suprême.

On peut dire aujourd'hui que l'instruction est complète sur cette controverse si souvent renaissante, à laquelle se rattachent les intérêts de tant de familles. Si M. Ragon a su rassembler très-habilement les arguments qui militent en faveur de la théorie du cumul, et a défendu avec une verve éclatante la thèse qu'il a adoptée, M. Demolombe, dans la discussion à laquelle il se livre, a déployé la vigueur de raisonnement et la chaleur de style qui depuis longtemps ont assuré un si haut rang aux œuvres de cet éminent interprète. On sent chez les deux auteurs une conviction également ardente de la bonté de la cause à laquelle chacun a voué son talent. Ces deux plaidoyers, qui ont vu le jour à peu près simultanément, ne seront pas sans doute sans influence pour éclairer la décision que la Cour de cassation va bientôt, dit-on, être appelée à rendre en audience solennelle. Il est temps que ce grave conflit, alimenté par des procès quotidiens, reçoive une solution définitive, qui prévienne le retour si fréquent de débats entretenus par l'incertitude du véritable système consacré sur ce point par notre législation.

Pour nous, nous faisons des vœux en faveur d'un retour de la jurisprudence de la Cour suprême à ce point capital contenu dans son premier arrêt (Laroque de Mons), c'est-à-dire à l'inter-

diction de toute participation à la réserve chez le successible qui renonce. Nous croyons que c'est là le système le plus conforme aux textes du Code, et à l'esprit dans lequel ont été écrits les différents articles qui se rapportent à cette matière. Nous croyons aussi que ce système est le plus équitable et le plus en harmonie avec l'intention du père de famille qui a fait un avancement d'hoirie. Les inconvénients reprochés à ce système, et qui ont engendré, en vue de les pallier, des expédients assez arbitraires, sont moins grands qu'on ne le prétend, et peuvent être conjurés par la prévoyance du disposant. Nous ne pouvons, par conséquent, nous rallier à la théorie si vaillamment soutenue par notre collègue, malgré tout le prestige dont il a réussi à l'entourer. Certes, cette théorie est fort ingénieusement développée dans l'ouvrage de M. Ragon; nous avouerons même que les raisonnements sont présentés avec tant de puissance, qu'ils nous ont un instant ébranlé. Mais la réflexion nous a ramené à persister dans l'opinion que nous avons reçue de nos maîtres, et à ne pas abandonner la doctrine que M. Ragon reconnaît comme généralement suivie dans l'enseignement.

Avant d'analyser les deux volumes dont M. Ragon vient de doter la science, qu'il nous soit permis d'essayer quelques observations sur les causes de la controverse qui a donné lieu à tant de dissertations, et sur les éléments qu'offrent les sources actuelles de notre droit pour la solution du problème. Nous dirons en même temps quelle est notre manière de voir, et sur quelles raisons elle s'appuie. Ce travail préliminaire facilitera l'examen de l'ouvrage dont nous avons à rendre compte, et justifiera les critiques dont nous croyons susceptible le système embrassé par l'auteur.

Il y a longtemps que le législateur a cru devoir protéger contre des libéralités excessives les intérêts de certaines personnes, qui lui ont paru avoir le droit de recueillir au décès les biens d'un autre à un titre assez puissant pour qu'il ne soit pas permis de les dépouiller de cette espérance, si ce n'est dans telle mesure. C'est pourquoi une limite a été apportée à la faculté de disposer à titre gratuit toutes les fois que le défunt laisse des héritiers légitimes, qui ne peuvent pas être oubliés sans injustice, sans blesser les sentiments que la nature met au cœur de

l'homme. Les héritiers dignes de cette faveur sont les descendants et les ascendants; par conséquent, la fortune de quiconque a des héritiers de l'une ou de l'autre de ces catégories, se trouve divisée en deux parts, la première qui reste à la libre disposition du maître pour en gratifier qui il voudra, la seconde qui est frappée d'indisponibilité, et affectée aux parents privilégiés. Cette idée, adoptée par les lois romaines, suivie dans notre ancien droit (sauf relativement aux ascendants dans la plupart des coutumes), se retrouve encore aujourd'hui dans notre Code.

La légitime romaine (*pars bonorum debita*), appelée autrefois en France tantôt légitime, tantôt réserve, pour laquelle notre législateur a préféré exclusivement le nom de *réserve*, nous apparaît donc comme une institution fort ancienne. Rien de plus naturel assurément que d'étudier ce qu'elle était jadis, pour déterminer le caractère qui lui appartient de nos jours. Cette manière de procéder est, à nos yeux, très-légitime; elle doit être reconnue comme indispensable pour la saine interprétation de nos lois par quiconque est convaincu de cette vérité proclamée par les auteurs eux-mêmes de notre Code civil, savoir : que cette œuvre a été construite à l'aide des matériaux fournis par la législation romaine et par notre ancien droit.

Nous ne sommes pas étonné que M. Ragon, pour préparer les assises de son système, ait commencé par consulter les données du droit romain, dont nul plus que lui n'a qualité pour développer les règles, et qu'il ait également porté ses investigations sur notre vieux droit français, qu'il a exploré avec soin, et dont il a su faire un très-habile usage. Le résultat de cette double recherche l'ayant conduit à cette conclusion incontestable, que le titre d'héritier n'était pas nécessaire en droit romain pour prendre la légitime, et de plus, ce qui est encore exact, que nos anciens auteurs permettaient au successible qui avait reçu une libéralité de *retenir* sur cette libéralité même sa part de réserve, tout en négligeant de se porter héritier, M. Ragon n'a pu croire que le législateur moderne eût répudié des idées consacrées par une aussi longue tradition, et rompu entièrement avec des habitudes séculaires. C'est sous l'influence de cette pensée fort séduisante, nous en convenons, et par un pieux respect pour le passé que notre collègue a entrepris d'établir qu'au-

jourd'hui encore la participation à la réserve n'exige point la qualité d'héritier, et qu'il s'est efforcé de plier à cette interprétation les articles du Code, qui, à notre gré, y résistent de la façon la plus claire.

Sans doute il ne faut admettre qu'avec circonspection les innovations de la part des auteurs du Code, qui ont plutôt à encourir le reproche d'avoir trop souvent conservé, par vénération pour leur antiquité, des idées dont ils auraient dû faire justice [1]. Néanmoins il est juste de reconnaître que les rédacteurs étaient avant tout dominés par le désir d'édifier une législation conforme aux idées de leur temps et en harmonie avec les mœurs du pays ; ils étaient particulièrement soucieux d'obéir à ce sentiment dans les matières qui touchaient à la constitution politique. Ce qu'il importe dès lors de rechercher, pour saisir la pensée qui a inspiré les règles actuelles sur les successions et les donations, c'est de savoir si les principes suivis à cet égard chez les Romains n'étaient pas en désaccord avec les usages qui étaient l'expression de notre caractère national. Or, on ne peut nier qu'il n'existât en ce point une opposition profonde entre

[1] Ainsi, à quoi bon reproduire la distinction des servitudes rustiques ou urbaines, décision admise par les Décemvirs, parce que, à l'époque des Douze Tables, les servitudes en faveur des héritages ruraux étaient vraisemblablement les seules dont l'importance dût les faire classer au nombre des *res mancipi*? Il est très-probable que cette distinction avait dévié, au temps des grands jurisconsultes, de sa première signification. Cependant elle s'est perpetuée jusqu'à nos jours. Après avoir servi longtemps de thème à d'interminables discussions pour en fixer le sens, elle est reconnue aujourd'hui par tout le monde comme n'ayant aucune utilité ; et, en général, l'article 687 est regardé comme une mauvaise interprétation du droit romain classique. — Pourquoi trouvons-nous également écrite en principe dans notre Code la théorie romaine sur l'effet des promesses ou des stipulations pour autrui? Cette théorie se rattachait soit à la stricte interprétation dont on usait à Rome pour apprecier les conventions, soit à l'interdiction de figurer dans un contrat autrement que pour son compte, double règle rejetée par notre droit, et qui chez les Romains eux-mêmes avait fini par être assez souvent mise à l'écart. — Enfin, pour prendre un exemple emprunté à notre ancien droit, pourquoi les donations sont-elles encore escortées, dans notre Code, des diverses entraves qu'on résume ordinairement par cet adage : *Donner et retenir ne vaut?* Ces entraves avaient leur raison d'être, alors que la faculté de donner entre-vifs n'était pas resserrée, quant à la quotité disponible, dans les mêmes limites que les libéralités de dernière volonté : elles s'expliquent difficilement aujourd'hui que cette différence a cessé.

le génie romain et le génie français. Il y avait donc ici un choix à faire ; et il n'est douteux, je pense, pour personne que le choix n'ait eu lieu de manière à faire prévaloir en général l'esprit de nos vieilles coutumes.

Ce qui nous porte à rejeter le système de M. Ragon, c'est qu'il nous paraît n'être qu'un retour aux principes de la législation romaine, où l'on s'attachait surtout à respecter le droit de libre disposition chez le père de famille. Nous reprochons, en outre, à ce système un autre vice, et celui-là est capital. Ce vice consiste à fournir le moyen de blesser à un haut degré ce sentiment d'amour pour l'égalité, si fortement enraciné dans nos mœurs, sentiment qui éclate dans les règlements établis par nos coutumes pour la combinaison entre eux des titres d'héritier et de donataire ou légataire. Nous retrouvons dans notre Code la consécration de ces règlements ; nous y retrouvons, avec exagération peut-être, le respect de ce besoin d'égalité si cher à notre esprit. Nous sommes convaincu (c'est un point sur lequel nous aurons à revenir) que les institutions faites en vue d'assurer cette égalité appellent nécessairement, pour modérer les déviations toujours pénibles qu'elle peut souffrir, l'adoption de la théorie suivant laquelle est exclu de la réserve tout successible qui n'est pas en mesure d'invoquer la volonté expresse du défunt, afin de prétendre au cumul de la portion réservée et de la portion disponible.

Nous écartons complétement, on le voit, l'autorité du droit romain sur notre question. La législation romaine n'a procédé qu'en faisant fléchir le moins possible cette règle suprême, qui met dans la main du citoyen la disposition de tous ses biens. Pourvu qu'une part assez mesquine de ces biens, tels qu'ils existent au moment de la mort, arrive au légitimaire, à un titre quelconque de dernière volonté, il y a acquittement de la dette naturelle, satisfaction donnée à *l'officium pietatis ;* et ce sera l'héritier choisi par le défunt qui deviendra son représentant, en prenant la masse du patrimoine. Peu importe d'ailleurs, dans les idées romaines, que ceux qui sont appelés par la loi à recueillir la succession soient traités sur le pied de l'égalité. Le testateur est avant tout l'arbitre souverain de sa fortune. Les héritiers légitimaires, auxquels il aurait donné de son vivant,

ne sont pas tenus, en principe, de mettre en commun le profit de ces donations, et il en est toujours ainsi quant aux libéralités de dernière volonté. — Quel contraste avec notre ancien droit, où régnait cette maxime : *Dieu seul fait des héritiers*, où les donations entre-vifs faites à des successibles sont régulièrement considérées comme n'étant que des avancements d'hoirie, et qui étend l'obligation du rapport pour celui qui accepte la qualité d'héritier même aux donations testamentaires !

Remarquons-le bien, la difficulté que présente chez nous la liquidation à opérer entre les héritiers réservataires et les donataires ou légataires tient surtout à ce qu'il faut calculer les divers éléments qui ont pu sortir du patrimoine par l'effet de donations, et le reconstituer fictivement tel qu'il serait à défaut de ces donations. De là nécessité d'apprécier de quelle façon ces libéralités ont dû affecter soit la réserve, soit la quotité disponible. Chez les Romains, au contraire, pendant longtemps, les légitimaires ne furent protégés que contre l'abus de la faculté de tester, non contre l'abus de la faculté de donner. C'était le quart du patrimoine, tel qu'il se composait lors du décès, qui était assuré aux légitimaires. La quarte légitime, introduite par l'usage, sans doute à l'imitation de la quarte Falcidie (nous partageons sur ce point l'opinion de notre collègue), ne devait s'estimer, comme la Falcidie elle-même, que sur les valeurs laissées par le défunt. Probablement les donations considérables étaient rares chez les anciens Romains. On a fait observer avant nous que l'habitude de se dépouiller de son vivant était peu usitée chez ce peuple, plus enclin à l'avarice qu'à la profusion. Les dispositions de la loi Cincia ne prouvent rien contre ce trait du caractère romain ; elles témoignent plutôt du peu de considération dont étaient entourées les donations entre-vifs, qui étaient traitées à peu près comme des actes de folie, à l'égard desquels on ménageait une résipiscence possible de la part de celui qui s'était laissé aller à donner un peu trop. Peut-être aussi les voies de rétractation, qui étaient ouvertes par la jurisprudence, et qui auraient été ordinairement pratiquées, rendaient-elles sans danger pour les légitimaires la dissipation de la fortune au moyen de donations. Toujours est-il qu'il faut descendre presque jusqu'au Bas-Empire pour voir étendue aux donations la plainte d'inofficiosité. Mais la véritable portée de ce remède, sa combinaison

avec la *querela* contre les testaments, en usage depuis longtemps, sont des problèmes pour la solution desquels les quelques constitutions que contient le Code à cet égard sont tout à fait insuffisantes. Il y a là, ainsi que le fait remarquer M. Ragon, une institution qui n'a pas été élaborée au bel âge de la jurisprudence romaine. C'est à l'ancien droit français que revient l'honneur d'avoir fixé les principes de cette matière, principes qui sont encore en vigueur de nos jours.

Une dernière comparaison entre les usages français et les usages romains fera sentir combien le droit de ce dernier peuple doit être consulté sobrement sur notre sujet, parce qu'il s'appliquait à des mœurs bien différentes des nôtres. En France, autrefois, comme aujourd'hui, il n'était pas rare de voir celui qui avait des héritiers à réserve se dépouiller en leur faveur d'une partie de sa fortune. C'est surtout à l'occasion du mariage des enfants que se font ces prélibations. Le père commun, à mesure qu'il établit tel ou tel de ses enfants, distrait une fraction de son patrimoine, afin d'assurer l'avenir de la nouvelle famille. Mais, en se conduisant ainsi, il n'entend pas faire aux aînés une position meilleure qu'aux plus jeunes. Cette portion n'est détachée de la masse qu'à la condition d'y revenir plus tard, quand il y aura lieu de régler la succession du donateur ; il ne s'agit que d'une anticipation de jouissance. Peut-être le père s'est-il laissé aller, en appréciant sa fortune, à des calculs trop flatteurs ; peut-être a-t-il trop compté sur les espérances que lui ménageait l'avenir, pour traiter ses derniers enfants avec la même libéralité, tandis que des désastres sont venus le dépouiller plus ou moins complétement de ce qu'il avait conservé. Peu importent ces illusions, grâce à ce principe, protecteur de la paix des familles et de la bonne harmonie entre les enfants, savoir : que les dons à des successibles sont présumés n'être que des avancements d'hoirie. L'égalité est dans le vœu de la loi, comme elle doit être, comme elle est heureusement presque toujours dans le cœur du père. L'hérédité ne se trouvera pas habituellement diminuée par ces sacrifices faits quelquefois d'une manière trop large, par suite de l'obligation du rapport inhérente naturellement à ces avantages. Cependant, ce mode de révocabilité, puisé dans les règles de notre vieux droit, peut faire défaut, à raison de la faculté

accordée au donataire de transformer l'avancement d'hoirie en une donation absolue, moyennant renonciation à la succession. Cette faculté constitue sans doute un danger à l'égard de ceux qui n'ont pas eu occasion d'être d'abord les sujets sur lesquels s'est exercée la libéralité du père. Mais ce danger, dont le système que nous combattons aggrave notablement les inconvénients, devient bien moins sensible dans le système que nous défendons comme étant celui de la loi.

A Rome, on ne rencontre rien de pareil aux précautions prises par la sollicitude de notre ancien droit, si ami de l'égalité, en vue d'empêcher les donations faites à tel enfant d'être, en général, préjudiciables aux autres. La constitution de la puissance paternelle était tout autre que chez nous. Assez souvent les descendants restaient sous la puissance de l'ascendant durant toute la vie de celui-ci; et, par l'effet de l'unité de patrimoine entre le fils de famille et le chef, toute donation se trouvait impossible. Le mariage n'émancipait pas comme chez nous : le fils, bien que marié, restait en puissance, et l'aïeul devait pourvoir aux besoins du nouveau ménage. Un émancipé pouvait, il est vrai, recevoir une véritable donation de la part de son père. A la mort de ce dernier, si l'émancipé vient à la succession *ab intestat* au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, ou s'il fait rescinder par le Préteur le testament dans lequel il aurait été omis, il ne pourra conserver le bénéfice de la donation, pourvu que par ses prétentions à la succession il cause un tort à des frères ou sœurs demeurés en puissance. Seulement cette mise en commun (*collatio*) ne tient pas à l'origine des biens acquis par la donation; elle est uniquement destinée à réparer le préjudice que peuvent éprouver, par suite de la rentrée dans la famille d'un membre qui en était sorti, les *sui hæredes*, auxquels a manqué la faculté d'acquérir pour leur compte. Si la présence de l'émancipé diminue l'émolument que les *sui* auraient trouvé dans la succession, telle qu'elle était réglée par la loi ou par la volonté du défunt, il y aura charge de *collatio*, dont la portée est mesurée sur la gravité du dommage occasionné. Aussi l'émancipé doit-il, à l'époque classique, sauf le cas où il aurait des biens castrens, mettre indistinctement dans la masse tout ce qu'il a acquis depuis son émancipation, tout ce qui eût profité au patrimoine commun, s'il avait continué à collaborer à son

accroissement. La pensée d'une égalité à établir entre les enfants n'est donc nullement le fondement de la *collatio*. Un second frère émancipé, qui n'a pas lui aussi été gratifié d'une donation, ne participera pas au bénéfice de la *collatio* imposée à son frère. Supposez deux émancipés, dont l'un a reçu une donation, tandis que l'autre a été privé de cette aubaine, l'inégalité subsistera entre eux, bien qu'ils viennent ensemble à la succession du donateur. Sans doute, dans le dernier état du droit, grâce à cette règle, que le fils de famille acquiert pour lui tout ce qui provient *aliunde quam ex re patris*, et déjà, quelque temps avant l'établissement de cette règle[1], grâce à une constitution de Léon, qui, pour certaines donations, impose la nécessité de la *collatio*, abstraction faite du lien de puissance paternelle, l'idée d'une égalité, du moins entre les descendants, se fait jour dans le droit romain. Mais ce n'est là qu'une ébauche, un premier pas fait dans une voie qui n'a été frayée que par nos coutumes. Rien de moins clair, du reste, ainsi que le reconnaît M. Ragon, que les dernières règles de la législation romaine quant au rapport. Justinien, dans la loi 20, § 1, C. *De collat.*, consacre encore ce principe, qu'une donation ordinaire du père au fils n'est rapportable qu'autant qu'elle y a été expressément assujettie. Ce n'est donc pas dans le droit romain qu'il faut aller chercher le règlement de cette matière, mais bien dans notre vieux droit français. Or, il existe, comme nous l'avons déjà indiqué, et comme nous aurons à le développer plus tard, une connexion intime entre l'obligation du rapport, sous-entendue généralement en droit français, et l'interdiction de prendre part à la réserve chez le successible renonçant, qui n'a reçu qu'un avancement d'hoirie.

[1] C'est sous Justinien seulement qu'a été donné ce développement à la capacité d'acquérir chez le fils de famille. Il y a donc une inadvertance commise par notre estimable collègue (t. I, n° 19), quand il fait remonter cet état de choses à Dioclétien. M. Ragon sait parfaitement que sous cet empereur les fils de famille n'avaient encore de biens à eux que ceux qu'ils acquéraient comme militaires. La loi 15, C. *De collat.*, citée par l'auteur à l'appui de l'opinion qu'il émet, a trait à des acquisitions *postérieures* à la mort du père, par conséquent réalisées à une époque où les *sui heredes*, ayant conquis leur indépendance, se trouvent sur le même pied que ceux qui avaient obtenu une émancipation.

Nous en avons dit assez pour justifier comment nous répudions, dans cette partie, les errements du droit romain. Nous n'en avons pas fini cependant avec ce droit, dont nous allons rencontrer l'influence, en examinant de quelle manière notre ancien droit envisageait la portion de biens dont les héritiers du sang ne pouvaient être privés par l'effet de dispositions à titre gratuit.

On sait que l'esprit des coutumes était peu favorable aux testaments, et que leur tendance était pour la conservation des biens dans les familles. Aussi la plus grande partie de la fortune était-elle soustraite aux dispositions testamentaires et assurée aux héritiers légitimes sans distinction de degré. Cette réserve, vulgairement appelée *coutumière*, s'élevait à peu près partout jusqu'aux quatre cinquièmes; toutefois, ce système ne s'appliquait qu'aux immeubles, et uniquement à ceux qui avaient le caractère de propres. Les valeurs mobilières n'avaient pas d'importance; et quant aux acquêts, comme c'était une propriété dont le possesseur actuel était redevable à son travail, il semblait juste de lui en abandonner la libre disposition. La nature de cette réserve ne faisait aucune difficulté. On était d'accord sur ce point, que la qualité d'héritier était nécessaire pour y avoir droit. La saisine de la succession appartenait aux héritiers du sang, qui recueillaient nécessairement la presque totalité des propres; et si le défunt avait fait un testament pour la portion de biens disponible par dernière volonté, ceux qui étaient gratifiés n'étaient que des légataires obligés à demander la délivrance.

Dans cet état de choses, les parents les plus proches d'un homme riche, ses enfants, pouvaient se trouver réduits à ne rien avoir à la mort de leur père, soit parce qu'il aurait épuisé ses propres au moyen de donations, cette sorte d'aliénation n'étant pas interdite à leur égard, soit parce que la fortune se composait exclusivement de meubles ou d'acquêts qu'il aurait laissés à des tiers par testament. Le remède à cet inconvénient fut cherché dans les lois romaines, auxquelles fut empruntée l'institution de la légitime, qui prit le même nom, et fut dite légitime de droit, c'est-à-dire de droit écrit ou romain. M. Ragon indique très-bien cette origine, et fait observer que la plus ancienne rédaction des coutumes se taisait sur la légitime.

Puisée à une pareille source, la légitime de droit devait se produire d'abord avec des allures modestes. C'est le rôle qui lui appartint, en droit romain, jusqu'à Justinien, l'héritier institué n'ayant à subir que la perte d'un quart, quel que fût le nombre des enfants. Aussi, quand il en est question pour la première fois dans nos vieux auteurs, dans Beaumanoir, dans Defontaine, il ne s'agit que de ce qui est raisonnable pour la *soutenance*, le règlement de la quotité étant laissé au juge. Mais, dès que cette institution a acquis droit de bourgeoisie chez nous, dès qu'elle parvient à se faire inscrire dans les coutumes, elle usurpe de bonne heure une place considérable, elle envahit la moitié des biens, n'y eût-il qu'un seul enfant. C'est la mesure que lui assigne en 1580 la coutume de Paris, qui devient le droit commun, de sorte qu'elle marche déjà de pair avec la portion disponible, tandis que la Novelle 18 ne lui avait donné cette importance qu'à la condition qu'il y aurait au moins cinq enfants. Bientôt la légitime aspire à constituer l'hérédité, à former la succession *ab intestat*, titre reconnu sans contestation à la réserve coutumière. La prérogative de la saisine avec ses avantages lui est accordée ; quelques esprits vont même jusqu'à prétendre que la qualité d'héritier est indispensable pour recueillir la légitime. Néanmoins, cette dernière règle ne parvient pas à se faire accepter ; c'eût été par trop s'écarter du droit romain, qui avait fourni la légitime. Sur cette question, une transaction s'opère, une distinction prévaut : celui qui n'a rien reçu du défunt sera obligé de se porter héritier pour réclamer la légitime ; celui qui peut invoquer la qualité de donataire ou de légataire aura la faculté de retenir ou de prendre sa légitime, même en renonçant. Dans ce cas, il lui était permis d'allier les avantages du titre de légitimaire à ceux du titre de donataire ou légataire ; il pouvait cumuler, et être mieux traité qu'un étranger, qui se trouvait forcément restreint à la quotité disponible.

Tel était le point où en était resté notre droit avant les lois de l'époque révolutionnaire. On voit que la légitime avait conquis bien du terrain, et qu'elle était traitée en pays coutumier autrement que dans les pays de droit écrit, où la légitime était généralement considérée comme tout à fait distincte de l'hérédité, la qualité d'enfant suffisant pour réclamer la légitime,

tandis qu'en pays de coutume l'action en réclamation devait s'appuyer sur le titre d'héritier.

Les lois révolutionnaires nous paraissent, comme on l'a dit fort exactement, avoir fait accomplir à la légitime le dernier pas qu'il lui restait à faire, pour devenir franchement et dans tous les cas la succession *ab intestat;* et nous pensons que les rédacteurs du Code Napoléon lui ont nettement confirmé ce caractère.

On était loin assurément, après 1789, de songer à favoriser la faculté de tester si précieuse chez les Romains. C'était un instrument dont il était facile d'abuser pour violer entre les enfants l'égalité dont on avait soif partout. Aussi commence-t-on par abolir le 7 mars 1793 le droit d'avantager un descendant au préjudice des autres ; plus tard, après la loi éphémère du 5 brumaire an II, la loi du 17 nivôse, qui reproduisait sur ce point la précédente, vient resserrer la quotité disponible dans des limites fort étroites, un dixième, s'il y a des descendants, un sixième, s'il n'y a que des collatéraux. Le renversement est désormais complet ; ce qui était prépondérant en droit romain, ce qui constituait la succession, c'était la volonté de l'homme. Maintenant, c'est la succession *ab intestat* qui l'emporte ; et tandis qu'autrefois on mesurait une portion qu'il fallait laisser d'une manière ou de l'autre à certains héritiers du sang privilégiés, aujourd'hui c'est aux dispositions de dernière volonté qu'on fixe un champ très-restreint, en attribuant la masse aux héritiers légitimes. Sans doute une réaction s'opère quelque peu dès la loi du 4 germinal an VIII. La quotité disponible pourra s'élever jusqu'au quart, quand il y aura moins de quatre enfants; mais cette loi procède comme ses devancières, en faisant la part de ce qui peut être donné, et en laissant dès lors tout le reste dans la succession *abintestat*. Les rédacteurs du Code civil persévèrent dans cette voie; ils ne s'occupent que de déterminer ce qui est disponible. Ils ont, à la vérité, la main plus large. Le disponible, en présence d'un seul enfant, montera jusqu'à la moitié, pour descendre à un quart dès qu'il y a trois enfants, ou un plus grand nombre. Toujours est-il que, pour celui qui a des enfants, la faculté de disposer à leur détriment n'est qu'une concession, une sorte d'exception. En principe, les biens doivent rester dans la succession *ab intestat ;* celle-ci est réservée aux descendants, comme l'étaient jadis les quatre quints des propres au profit

des descendants ou des collatéraux. C'est la même théorie, sauf la mesure de la quotité disponible, qui est suivie, quand le défunt laisse des ascendants.

Nous n'attachons pas certainement une importance absolue au mode choisi par le législateur, qui a fixé le disponible au lieu de fixer l'indisponible, non plus qu'à la préférence donnée à l'expression de *réserve*. Cependant ce qui ressort incontestablement de cette forme de langage, et M. Ragon l'avoue, c'est que l'indisponible constitue régulièrement la succession *ab intestat*. La conséquence en est, M. Ragon le concède encore, que celui qui n'invoquerait que sa qualité d'enfant ne saurait prétendre à rien sur la réserve. Faut-il en conclure maintenant que la réserve appartient tellement à la succession *ab intestat*, qu'une fraction n'en puisse être détachée au moyen d'un don ou d'un legs, quand l'attribution en est faite précisément à l'un de ceux en faveur desquels il y a une masse indisponible ? Cette fraction n'est pas, dit-on, détournée de sa destination. Il suffit que le légitimaire non héritier, mais donataire ou légataire, n'entame pas la réserve au delà de la part qui lui appartiendrait à titre d'héritier, et qu'il ne touche pas aux parts des autres. L'incompatibilité entre la qualité de donataire ou légataire et celle de participant à l'indisponible n'est nullement essentielle, puisque le cumul était admis par le droit romain et par l'ancien droit français.

Sans doute cette incompatibilité n'est point nécessaire ; elle n'a pas existé pendant longtemps ; elle pourrait encore ne pas exister aujourd'hui. Toutefois, dans une législation qui procède en limitant le champ qui est laissé aux dispositions à titre gratuit, les jurisconsultes qui soutiennent que la réserve, c'est-à-dire ce qui est indisponible, peut être détourné de la succession *ab intestat*, prennent sur eux l'obligation de prouver qu'il est permis d'opérer ce déplacement. M. Ragon ne niera point que le système qui maintient strictement la séparation entre les deux masses ne soit, pour nous servir d'une expression romaine, le plus *élégant*. Il est à désirer que le législateur n'ait pas autorisé une dérogation à ce système, qui est de beaucoup le plus simple. Examinons si quelque texte justifie une pareille dérogation.

Pour découvrir ce qu'a voulu notre législateur, nous n'irons pas demander des éclaircissements à la discussion au sein du Conseil d'État. Ce secours, souvent si précieux, devient très-incertain dans une matière qui a donné lieu à une mêlée d'opinions, à une lutte entre les partisans du droit écrit et ceux du droit coutumier, dans une matière où l'irrésolution de l'assemblée est témoignée par l'abandon fait le lendemain de ce qui avait été arrêté la veille. Aussi, quelque divergentes que soient les théories proposées sur le caractère actuel de la réserve et sur le sort des donations faites à des réservataires, chaque auteur ne manque pas d'invoquer en son sens telle ou telle phrase tombée de la bouche de l'un des conseillers, quelquefois un lambeau des discours des orateurs du gouvernement. Nous voulons nous attacher uniquement au texte de la loi, qui nous semble assez net pour lever toute indécision.

Assurément, si la pensée qui avait prévalu parmi les rédacteurs eût été qu'une fraction de la réserve pourrait être prise à titre de donataire ou de légataire, ils eussent été inexcusables de ne point mettre cette faculté en relief. Ils ne pouvaient ignorer la discussion qui s'était engagée dans l'ancien droit sur le point de savoir si la légitime n'était pas attachée forcément à la qualité d'héritier. L'inconvénient, qui pour certains esprits faisait rejeter l'affirmative, l'appréhension de livrer aux poursuites des créanciers les biens rentrés dans la succession par l'effet de l'action en réduction, cet inconvénient avait fini par être écarté, bien que sur ce point l'intérêt des héritiers n'ait triomphé définitivement qu'après avoir été d'abord sacrifié. Les scrupules qui avaient arrêté l'assemblée et lui avaient fait décider primitivement le contraire, démontrent bien qu'on ne séparait pas l'idée de la réserve et celle de la succession *ab intestat*, ou testamentaire (car les enfants peuvent être institués et, en fait, le sont très-souvent), puisqu'on s'était exagéré les conséquences de la qualité d'héritier. Aussi le langage du Code, qui associe à peu près partout ces deux expressions : héritier et ayant droit à la réserve, fait foi de l'union intime qui existe entre les deux choses. Non-seulement le droit de mettre la main sur la réserve pour qui n'est pas héritier n'est écrit nulle part, mais encore le contraire s'induit invinciblement des dispositions contenues dans divers articles.

C'est d'abord ce qui découle naturellement des articles 844 et 919. Nous avons vu que, sous la période révolutionnaire, les aspirations à l'établissement de l'égalité absolue avaient fait proscrire la possibilité d'un avantage au profit de l'un des héritiers. On n'avait pas reculé devant le danger de désarmer l'autorité du père, en lui défendant de traiter inégalement des enfants qui n'avaient peut-être pas des droits égaux à son affection. La loi du 4 germinal vint supprimer cet abus ; et les rédacteurs du Code Napoléon ont justement conservé le même système, en exigeant toutefois que la volonté du père de famille soit formellement exprimée. Mais, prenons-y bien garde, si le cumul d'une part de réserve avec le disponible est autorisé, ce n'est point en ce sens qu'une fraction de la réserve sortira de la succession *ab intestat* pour aller grossir la donation ou le legs. Non, le successible avantagé doit être héritier, afin de participer à la réserve qui est la succession *ab intestat*. Seulement la faculté de prendre en outre par préférence quelque chose sur le disponible, faculté ordinairement incompatible avec la qualité d'héritier, devient une faveur exceptionnellement octroyée par une déclaration expresse du défunt. Ce n'est donc pas la puissance d'une donation qui vient diminuer la réserve ; c'est la réserve, inséparable du titre d'héritier, qui, au profit de l'un des réservataires, va se réunir, exclusivement aux autres, à une part prise sur le disponible. Il y a préciput permis, c'est-à-dire que non-seulement le préciputaire partagera également dans la réserve ou la succession *ab intestat*, mais qu'en outre il pourra tirer parti de sa qualité de donataire ou de légataire. Le père qui a traité avec prédilection l'un de ses enfants, ne doit pas supposer que ce dernier lui fera l'outrage de répudier la succession, et que, pour s'éviter l'embarras d'une liquidation, il rejettera le titre d'héritier, rendu sans danger par la précaution du bénéfice d'inventaire.

Le législateur aurait pu se dispenser d'en dire davantage, et omettre de s'expliquer sur le cas où le donataire n'aurait pas été autorisé à prendre en même temps une part dans la succession *ab intestat*. Il allait de soi que, les qualités d'héritier et de donataire ne pouvant se cumuler en dehors d'une licence accordée à cet effet, il ne reste au successible que l'alternative

entre les deux titres. Qu'il opte pour celui qui lui paraîtra le plus avantageux, mais qu'il ne prétende pas avoir le bénéfice des deux positions. Néanmoins, pour parer à tout doute, et comme s'il avait prévu que le réservataire renonçant pourrait songer à invoquer l'ancien droit, le législateur a pris le soin de prévoir l'hypothèse, et il décide dans l'article 845 que le renonçant n'aura le droit de retenir le don *que jusqu'à concurrence de la portion disponible*. Cet article nous a toujours semblé la condamnation formelle du droit au cumul étendu à de simples avancements d'hoirie ; aussi a-t-il été étrangement torturé par les partisans de l'opinion adverse, qui seulement sont loin de s'entendre sur le sens qu'il faut lui donner. Rien de plus simple cependant que l'intelligence de cet article. Après avoir dit (art. 844) que le droit commun, le droit à la réserve, à la succession *ab intestat*, pourrait s'allier avec un droit exclusif sur le disponible, moyennant une clause expresse, le législateur ajoute que, à défaut de cette clause, le successible, en répudiant la qualité d'héritier, ne peut prétendre qu'à ce qui est disponible. La rédaction primitive précisait cette idée de la façon la plus claire, en disant que le successible serait traité *ainsi qu'un étranger*. Il est à regretter que ces mots aient disparu ; M. Ragon néanmoins a le bon esprit de n'attacher aucune importance à cette suppression, qu'on peut expliquer par l'inutilité de relever cette comparaison. Il était dit, en effet, ailleurs que celui qui renonce est censé avoir été toujours étranger à la succession. C'est précisément le rôle que nous lui faisons en lui interdisant toute participation à la réserve.

Comment n'a-t-on point senti que l'autorisation de retenir en renonçant une part de la réserve, quand il n'y a qu'un simple avancement d'hoirie, ruinait toute l'économie actuelle de la loi? Ne perdons pas de vue que cette économie est tout autre que celle du droit ancien, qui presque généralement prohibait la clause de préciput. Dans les coutumes dites *d'option*, c'est-à-dire dans la plus grande partie des pays coutumiers, il était impossible d'assurer à l'un des *héritiers* une position meilleure que celle des autres. Par conséquent, le père qui voulait favoriser un enfant n'avait d'autre voie, pour atteindre son but, que de lui faire un don considérable, afin de le pousser à une renonciation et

de lui fournir ainsi le moyen d'avoir plus que ses frères [1]. C'était donc entrer dans les intentions du disposant que d'accorder à la donation le plus d'effet possible. Mais aujourd'hui qu'il est permis d'établir ouvertement l'inégalité entre les héritiers, une pareille interprétation d'un don en avancement d'hoirie serait directement contraire aux intentions du donateur, et effacerait le contraste profond que la loi met entre les donations par préciput et celles qui ne sont point accompagnées de cette faveur. La différence n'est plus qu'une chose d'accident, tout à fait indépendante de la volonté du père de famille, dont la fortune aura éprouvé une réduction inattendue. Une part complète de réserve est assurée, il est vrai, au donataire par préciput; mais le donataire sans préciput aura exactement le même avantage, pourvu que l'importance du don le permette. C'est ce qui arrivera toutes les fois qu'un désastre sera survenu dans les biens du disposant, c'est-à-dire toutes les fois que, la réserve ayant baissé, il serait plus souhaitable de ne lui faire subir aucune atteinte. Déjà l'abdication du titre d'héritier permet au donataire renonçant, même en se circonscrivant sur le disponible, d'être mieux traité que les autres. Ce n'est pas assez; vous augmentez la distance, et vous poussez l'inégalité à des proportions exorbitantes, en concédant à un individu qui s'est rendu étranger à la succession une part de ce qui était réservé pour ceux qui succéderaient.

Ce reproche d'iniquité, qu'il serait facile de faire toucher au doigt en prenant des chiffres, n'a pas échappé à M. Ragon, qui a essayé d'en laver son système ; pour cela, il risque cette thèse, que le don en avancement d'hoirie, quand il dépasse la part de réserve du successible, et envahit le disponible, indique la pensée d'avantager celui auquel s'adresse la libéralité. S'il n'y a pas alors, dit-il (t. I, p. 515), volonté expresse d'établir l'inégalité, elle est du moins permise par une volonté tacite. — Est-il besoin de réfuter cette doctrine, quand l'auteur lui-même dit un peu plus haut : « Pour juger sainement de la volonté qui préside à un avancement d'hoirie, il faut supposer la fortune du donateur restée au jour de son décès ce qu'elle était au jour de

[1] Cet expédient est déjà indiqué par Beaumanoir.

la donation ? » Je ne demanderai pas à M. Ragon s'il connaît le moyen de recomposer rétroactivement, après la mort d'un homme, le patrimoine qu'il avait à telle époque de son existence. Je me bornerai à faire observer qu'habituellement les avancements d'hoirie sont mesurés de manière à laisser au donataire un avantage à accepter la succession. Seulement les calculs les plus raisonnables peuvent être déjoués par un sort adverse ; et c'est dans cette hypothèse qu'il importe de ne pas trop faire peser sur les enfants réduits au titre d'héritier des libéralités qui eussent été plus modérées, si l'avenir avait été soupçonné.

Il a été émis bien des opinions sur le caractère de l'avancement d'hoirie. Dans les idées de M. Ragon, un point fondamental, sur lequel il revient souvent, c'est la décomposition de l'avancement d'hoirie en deux éléments. Il contiendrait, prétend-il, toujours et quoi qu'il advienne, don de la réserve pour la part afférente au gratifié ; peu importe qu'il accepte ou qu'il répudie la succession. Cette part de réserve une fois fournie, si le don n'est pas épuisé, il y aurait, mais pour l'excédant seulement, donation à prendre sur le disponible.

Nous avouons que nous avons peine à comprendre l'association de ces deux choses : donner, et donner de la réserve (nous en dirons autant du legs de la réserve). Est-ce que la réserve est susceptible d'être donnée à proprement parler ? On ne donne à quelqu'un que ce qu'on pourrait lui refuser. La réserve ne vient pas de la volonté du défunt ; c'est la loi qui l'attribue. Il serait plus exact de parler de l'acquittement d'une dette, *pars debita*, comme disaient les Romains. Aussi Justinien a-t-il eu raison de décider [1] que le montant de la légitime diminuerait la quarte Falcidie de l'héritier, comme elle diminuerait les trois quarts concédés aux légataires. Si le légitimaire, pourvu de sa légitime par un legs, n'était en réalité qu'un légataire, il en devrait être autrement. Notre ancien droit ne s'y est pas trompé ; en qualifiant la donation sans préciput, il ne parle que d'une *avance*. Ce qui est donné, c'est seulement ce qui est avancé, c'est-à-dire la jouissance par anticipation. Quant au fond même, il faut,

[1] L. 36, pr. C. *De inoff. test.*

pour être dans le vrai, écarter l'idée d'une donation comme celle d'un legs. Aussi dirons-nous que ce qui fait le principal mérite du système actuel de notre Code, c'est d'avoir placé la réserve là où elle doit être, dans la succession *ab intestat* que la loi, assure dans une certaine mesure, à raison de leur qualité de très-proches, à des personnes qu'elle impose comme héritiers au défunt. Nous savons gré au législateur d'en avoir fini avec ce faux point de vue trop longtemps accepté, suivant lequel une part garantie par la loi serait due cependant à une donation ou à un legs, deux choses incompatibles, si l'on veut approfondir le caractère de la réserve comparé à celui d'une libéralité entre-vifs ou testamentaire.

Quant à la théorie de l'imputation, qui forme le pivot de la doctrine de M. Ragon, nous admettons volontiers l'imputation sur la réserve des dons sans préciput, pourvu qu'il y ait acceptation de la part du donataire ; en présence d'une répudiation, nous ne pouvons procéder de la même manière. Imputer, en effet, c'est payer ; or, on ne peut payer qu'à celui-là qui est créancier. C'est précisément cette qualité de créancier de la réserve qui manque au successible renonçant, puisqu'il est censé n'avoir jamais été héritier. C'est ce que nous dit l'article 785, dans un style à la fois clair et énergique. Que répond à cela M. Ragon? Suivant lui, entendre ainsi l'article, c'est raisonner *mécaniquement*. Il faut se rappeler que le droit *vit de distinctions*, et au mépris de la vieille règle : *Ubi lex non distinguit...*, il faut ici distinguer, et dire que le renonçant est censé, *à certains égards et pour certains effets*, avoir été héritier. (Voir t. I, p. 422.) Voilà un article singulièrement défiguré. Mettons cependant à l'épreuve cette doctrine, et demandons-nous si les règles bien connues, qui s'appliquent aux héritiers, et protégent soit leur part héréditaire en général, soit leur réserve en particulier, pourront être invoquées par le renonçant.

On sait qu'un cohéritier qui subit une éviction a droit à une garantie vis à vis de ses cohéritiers. Supposons qu'un homme, ayant deux enfants, donne sans préciput à l'un d'eux un immeuble d'une valeur de 60,000 francs, puis qu'il meure, laissant pour 30,000 francs de biens. Si le système de M. Ragon est vrai, le donataire s'empressera de renoncer; il gardera ainsi

tout ce qu'il a reçu, savoir : 30,000 francs pour sa réserve, et 30,000 francs comme disponible. Cependant bientôt il est évincé; la garantie lui est-elle due par son frère ? M. Ragon répond négativement. Donc ce donataire n'est pas héritier *à cet égard, à cet effet*; c'est déjà un point important.

Cette conséquence, dit M. Ragon (t. II, p. 37), est bonne à signaler. Nous la signalons, en effet, non pour combattre la solution, que nous tenons pour parfaitement exacte ; seulement, à nos yeux, la solution est toute simple, parce que nous n'apercevons ici qu'un donataire, et rien de plus. Mais si nous voyions dans ce renonçant un homme qui a plus de droits qu'une donation ne peut en fournir, et qui, nonobstant sa répudiation, peut prétendre à la réserve, nous ne lui refuserions pas un recours; car apparemment l'égalité doit règner entre co-réservataires. En fait, cet évincé s'est cru payé de sa réserve qu'il estimait plus considérable, et il n'a même pas été payé de la réserve plus modeste qui lui revenait, puisqu'il a reçu une valeur non héréditaire. De deux choses l'une : ou il abdique en renonçant son droit à la réserve, pour n'être qu'un donataire, et alors pas de difficulté, le donataire ne pouvant exiger garantie; ou bien, malgré sa renonciation, il continue à avoir droit à la réserve; et, dans ce cas, une garantie nous paraîtrait lui être due. Nous recommandons à notre confrère ce trait à ajouter à la physionomie du donataire qui reste héritier, tout en renonçant ; c'est un progrès qu'il doit à sa doctrine, pour qu'elle soit complète et logique.

Nous sommes d'autant plus étonné de la rigueur déployée par M. Ragon sur la question de garantie qu'il n'hésite pas à accorder au réservataire renonçant, mais donataire ou légataire, le bénéfice de la réduction, que les dispositions de notre Code limitent formellement aux héritiers à réserve, en même temps qu'elles en dénient le profit aux donataires ou légataires. *A cet égard, à cet effet*, le réservataire, quoiqu'il ait répudié, sera censé héritier. M. Ragon, qui épuise ses faveurs sur les renonçants, leur arrange même une position plus douce et plus commode que celle qui appartient aux successeurs, par qui est supporté le fardeau de l'hérédité.

Voici l'espèce que nous trouvons, t. II, p. 14 : un père de trois enfants donne par avancement d'hoirie 36,000 francs à l'un

d'eux ; il ne lui reste que 12,000 francs, qu'il lègue sans préciput à un second enfant, ou bien encore il les lui donne sans préciput ; mais il ne les paye pas de son vivant, et il meurt possédant 12,000 francs de biens. Renonciation de la part du donataire de 36,000 francs ; renonciation également chez le légataire de 12,000 francs, ou chez le donataire qui n'avait pas été payé de sa donation. D'après M. Ragon, il faudra que les 12,000 francs de biens existant au décès, dont est saisi le seul enfant qui n'a été favorisé d'aucune libéralité, soient relâchés par lui au légataire ou au donataire non payé. L'un ou l'autre n'aura pas même la peine d'exercer l'action en réduction ; ce sera l'affaire de l'héritier, qui devra aller demander 12,000 francs au premier donataire, si cela lui convient toutefois ; car l'auteur fait remarquer que cet héritier, auquel il ne laisse même pas la faculté de retenir les 12,000 francs de valeurs héréditaires, qui constitueraient, prétend-il, toute sa réserve, est parfaitement libre d'exercer ou de ne pas exercer l'action en réduction.

Je me contente de m'emparer de cette dernière réflexion si dédaigneusement adressée à ce pauvre héritier qu'on dépouille complétement. Il est libre, dites-vous, de ne pas exercer l'action en réduction ; il ne l'exercera pas, en effet, s'il doit se tenir pour satisfait avec les 12,000 francs qu'il trouve dans l'hérédité. Mais il sera assurément fondé à dire au légataire ou au second donataire : « Je suis saisi de ma réserve, et je la garde ; je n'ai pas au delà de ce qui m'est garanti par la loi, et, par conséquent, je n'ai rien à donner. *In pari causa melior est causa possidentis.* Si vous n'avez pas votre réserve, allez la demander à celui qui la détient. » Ce langage, parfaitement raisonnable, embarrassera fort le renonçant ; car j'imagine qu'un tribunal qui respecte la loi n'écoutera pas un donataire postérieur, voulant faire rendre à un donataire antérieur, ou un légataire voulant l'emporter sur un donataire. Quant à ceux qui pensent que ces prétentions ne se réfutent pas en quelque sorte d'elles-mêmes, je les renvoie à M. Demolombe, à qui elles arrachent des exclamations que je trouve bien justfiées.

Laissons à chacun le rôle qui lui appartient, et ne songeons pas à créer un être de droit chimérique, savoir un renonçant qui serait héritier *à certains égards, pour certains effets.* Du moment

qu'il renonce, c'est la qualité de donataire, et nulle autre, qui convient au successible, bien que le don ne lui ait été fait que par avancement d'hoirie. Quand on parle d'une anticipation sur la succession, on exprime seulement cet état de *fait* que le donataire acceptant aura été traité, eu égard à l'émolument perçu, comme si la succession avait été ouverte au moment de la donation. En *droit*, il n'existe pas un titre pareil d'acquisition. On ne saurait prendre la succession d'un homme vivant ; si on reçoit à titre gratuit portion de la fortune de quelqu'un qui n'est pas décédé, on est donataire [1].

C'est, en effet, sous les traits d'une véritable donation que se produit l'avancement d'hoirie. Le fisc le considère comme tel ; aussi le gratifié payera-t-il un droit presque triple de ce qu'il aurait à payer, s'il prenait comme héritier une valeur pareille dans la succession [2]. Seulement la donation est affectée d'une condition résolutoire ; elle disparaîtra dans l'avenir au profit des cohéritiers, s'il advient qu'il y ait acceptation de la succession. Mais supposez que cette condition fasse défaut, la donation restera irrévocablement ce qu'elle a été dès l'origine ; elle aura manqué de revêtir la forme d'un avancement d'hoirie qu'elle était apte à revêtir. Que le père de famille ne s'y abuse pas ; c'est une illusion chez lui de croire qu'il fait uniquement une avance de succession. Sans doute, c'est là son espérance, c'est l'issue qu'il souhaite dans l'avenir à sa donation ; mais les choses se dénoueront-elles ainsi, c'est ce que le disposant ignorera toujours. Ce n'est qu'après son décès que le sort de la donation, son maintien ou sa résolution seront fixés, suivant le parti que prendra le donataire, suivant l'option qu'il fera entre l'acceptation ou la répudiation de la succession.

[1] Il est vrai que M. Ragon assure (t. II, p. 37) qu'on peut prendre part à une succession soit comme héritier, soit comme donataire, soit comme légataire. Je nie cette manière de venir à une succession, par voie de donation, en exceptant, bien entendu, l'institution contractuelle. La donation dépouille actuellement ; la succession ne s'ouvre qu'au décès. On peut sans doute venir à une succession comme légataire ; mais, si les mots ont quelque valeur, on ne peut venir de la sorte que sur les biens *disponibles*.

[2] Le droit sera réduit considérablement, si la donation est faite en faveur de mariage ; mais il restera toujours supérieur au droit de succession. C'est seulement au cas de donation contenant partage que le droit imposé aux donataires sera assimilé à celui exigé des héritiers.

La jurisprudence de la Cour de cassation (voir surtout les arrêts Mourgues et Castille) a pris précisément le contre-pied de ces idées. Elle assigne d'une manière fatale et nécessaire au don sans préciput ce caractère d'une remise anticipée sur la succession, caractère qui n'est qu'une éventualité, dont la réalisation doit être laissée au libre arbitre du donataire. Il ne peut dépendre de la volonté de ce donataire, dit la Cour suprême, de changer la nature du don. Autant vaudrait dire qu'il ne dépend pas de lui de n'être point héritier. S'il est certain, en effet, que chez nous nul n'est héritier qui ne veut, comment prétendre faire une imputation sur sa part héréditaire à celui qui n'est pas héritier? Dumoulin était plus logique en soutenant que la clause d'avancement d'hoirie, quand elle était expressément énoncée, faisait obstacle à ce que le successible profitât du don, s'il ne consentait à être héritier. Mais cette doctrine n'a pas été suivie ; on a fait prévaloir avec raison l'intérêt qu'a le successible à compter sur la stabilité du titre par lequel il a été investi des biens, pourvu qu'il sacrifie ses droits à la succession. A lui donc le choix de l'alternative, à moins qu'il ne lui ait été enlevé par une clause formelle, dont la légalité, soutenue depuis Lebrun jusqu'à nos jours par les autorités les plus recommandables, nous paraît le seul moyen de forcer le donataire à subir l'absorption de sa donation dans la succession.

En dehors de cette précaution, le donataire sans préciput a la faculté que lui accorde la loi, et que le disposant est censé lui accorder, de rester après l'ouverture de la succession ce qu'il était auparavant, c'est-à-dire un simple donataire. Sa répudiation a bien, quoi qu'on en dise, la puissance d'influer sur la nature de l'opération qui avait été qualifiée d'avancement d'hoirie, parce que c'était là ce que désirait le défunt. Si c'est un immeuble qui a été donné, il sera retenu par le donataire ou par ses acquéreurs, bien qu'il n'y ait que des valeurs mobilières pour les autres héritiers, tandis que, en cas d'acceptation, le rapport devrait être fait de l'immeuble même, et les droits des tiers seraient anéantis. — On est forcé d'avouer que, le donataire venant à prédécéder sans postérité, il ne pourrait être question d'imputer sur la réserve. Il faudrait bien alors traiter l'affaire comme une donation ordinaire, et imputer sur le disponible. Or, il n'y a pas plus de réserve et de part héréditaire pour un

renonçant que pour un prédécédé ; l'un n'a jamais été héritier, l'autre est censé ne l'avoir jamais été. Nous dirions volontiers de celui qui s'exhérède par sa volonté ce que les Romains disaient de celui que le testateur exhérédait : *pro mortuo habetur*. Le renonçant s'est mis de lui-même en dehors de l'hérédité ; ne lui laissez pas un pied dans cette hérédité, en imputant quelque valeur sur une part héréditaire qui n'existe pas, dont il ne veut point. Le titre qu'il accepte, c'est uniquement celui de donataire. Traitez-le suivant la portée de ce titre, en ne lui permettant, ainsi que l'exige l'article 845, de prendre que jusqu'à concurrence de la portion disponible.

On insiste cependant, et on soutient que la quotité disponible n'est pas une, qu'elle doit être plus large pour un réservataire que pour un étranger. Je sais bien que M. Ragon repousse l'interprétation qui admet dans l'article 845 une quotité disponible variable ; mais, au fond, c'est la même idée qu'il défend, quand il prétend que la donation sans préciput, adressée à un réservataire, n'a d'autres limites que les droits sur la réserve appartenant aux autres successibles. Ce point de vue peut séduire au premier abord. Si la liberté de disposer à titre gratuit est gênée, ce n'est en effet, il faut le reconnaître, que dans l'intérêt des réservataires ; or, le donataire est précisément l'un de ceux en faveur desquels une restriction est établie. N'est-il pas injuste de retourner contre lui une prohibition faite en vue de le protéger ? Pourquoi ne pourrait-il pas devoir à la générosité de son père, qui s'est dépouillé de son vivant, cette part qu'on lui garde au moins pour l'époque du décès, et jouir, en outre, du droit qu'aurait un étranger ?

Il y a dans cette observation quelque chose de fondé, mais il importe de fixer jusqu'à quel point elle peut être admise ; une distinction est indispensable, à notre gré. Sans doute, si l'importance de la masse réservée est plus considérable à raison de l'*individualité* du successible donataire sans préciput, il est raisonnable de tenir compte de cette circonstance, et d'autoriser à son profit une donation plus forte qu'au profit d'un étranger. Ainsi il y a deux enfants, deux tiers sont réservés ; un étranger ne pourrait recevoir qu'un tiers. Si toutefois c'est l'un des enfants qui est donataire, on ne doit pas le faire compter contre lui-même.

Puisqu'il renonce à la qualité d'héritier, dès lors à celle de réservataire, il n'y a plus qu'un seul héritier privilégié ; par conséquent, le disponible doit s'élever jusqu'à moitié. Il y aura lieu à appliquer un procédé analogue, si l'on suppose trois enfants, dont l'un serait donataire et renonçant. Mais, du moment où l'on arrive au chiffre de quatre enfants, il devient indifférent que l'un, abdiquant la qualité d'héritier, diminue d'une tête le nombre de ceux pour qui une réserve est placée par la loi dans la succession *ab intestat*. La quotité de cette réserve ne serait pas grossie d'un centime à raison de sa présence; elle ne doit pas décroître d'un centime à raison de son absence. Le groupe des réservataires est aussi fort à trois que s'il y en avait davantage. Ici, les trois héritiers acceptants sont fondés à dire au quatrième, pourvu d'une donation qu'il s'approprie exclusivement : « Les trois quarts de la succession nous appartiennent, sans que nous ayons besoin de vous pour prétendre à ce chiffre; vous n'êtes pour nous qu'un étranger, car vous n'avez pas voulu être des nôtres. Oui, si vous étiez réduit comme nous à vous réfugier dans la succession *ab intestat*, il faudrait vous faire une part, parce que vous seriez notre égal, et n'auriez que cette ressource; mais vous êtes nanti d'un don, auquel vous deviez nous faire participer, dans la pensée du défunt, qui ne vous a pas dispensé du rapport. Laissez-nous donc ce qui est indisponible, à nous qui acceptons le fardeau de la succession que vous répudiez. »

C'est assez dire quel parti nous prenons sur cette question, depuis si longtemps débattue : quels sont les successibles qui doivent être comptés pour le calcul de la réserve? Nous n'hésitons pas à décider que le renonçant ne fait point nombre, sans distinguer, contrairement à l'opinion de M. Ragon, s'il n'a rien reçu ou s'il a reçu quelque chose. Cette solution nous est commandée par le principe fort simple qui nous dirige, savoir : que la réserve est la succession *ab intestat*, et que pour y avoir droit il faut être héritier. Or, l'article 785 dispose que le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. La réponse à cette vieille question est donc écrite dans cet article, que nous avons le tort, suivant M. Ragon, d'interpréter *mécaniquement*.

Ce mode de calculer la réserve, qui est adopté par beaucoup

de partisans de notre système, enlèvera fréquemment beaucoup de sa gravité à l'objection tirée de ce que l'imputation sur le disponible des dons sans préciput, au cas de renonciation, a pour résultat de ruiner le droit de disposition du père de famille. Au dessous de quatre enfants, la renonciation du non-préciputaire enflera la quotité disponible, en diminuant la réserve. Sans doute la compensation n'est pas complète ; mais à qui la faute si le disponible se trouve un peu réduit? On part de cette idée vraie, que le donateur n'a pas cru, en faisant un avancement d'hoirie, priver les autres enfants de cette valeur, qu'il n'a pas voulu leur faire tort. Cependant il s'est trompé, il a mal présumé de la loyauté du fils qu'il a gratifié; est-il équitable que les frères supportent les conséquences de l'erreur commise par le père, et que celui qui est l'auteur du mal, qui a fourni imprudemment à l'aîné le moyen de s'enrichir au détriment des plus jeunes, reste tout aussi libre de faire des libéralités que s'il n'avait pas déjà usé du droit de donner ?

Enfin, nous sommes peu touché d'une autre objection, puisée, dit-on, dans l'intérêt même des enfants auxquels notre doctrine causerait un préjudice. Elle pourrait, a-t-on fait observer, détourner de la voie des avancements d'hoirie les parents, qui devraient être soucieux de ne pas porter atteinte au droit de disposer à leur gré d'une partie de leur fortune. Ceux qui se préoccupent de cet inconvénient connaissent bien mal le caractère français. Nous sommes loin d'avoir besoin d'une loi *Julia*, qui impose au père l'obligation de doter ses enfants. Si l'avarice des Romains rendit nécessaire sur ce point l'intervention de l'autorité publique, c'est un honneur pour nos mœurs qu'on ait pu écrire dans notre Code l'article 204, qui refuse à cet égard toute action aux descendants. Le législateur a pensé avec raison qu'il fallait s'en rapporter à l'affection paternelle. Voit-on chez nous beaucoup de parents profiter de l'exemption consacrée par cet article 204? N'est-ce pas, au contraire, avec empressement qu'ils s'imposent d'eux-mêmes le sacrifice dont ils sont affranchis de par la loi; et l'opinion publique, plus puissante qu'un article du Code, a-t-elle besoin de censurer souvent l'égoïsme d'un père ou d'une mère?

Ne craignons pas que la doctrine que nous défendons ralen-

tisse la sollicitude des parents pour l'établissement de leur postérité. Ne sait-on pas que c'est là le souci le plus ardent de celui qui a des enfants? Il est bien rare qu'une portion notable du patrimoine soit ravie à la descendance pour passer en mains tierces. Si l'on voit parfois le père ou la mère user avec quelque rigueur de la faculté qui leur appartient de détourner dans une certaine mesure leur fortune de sa destination naturelle, ces exemples ne se rencontrent guère que là où un fils unique, deux peut-être, auront donné à leur auteur de graves sujets de mécontentement. En pareil cas, les conséquences fâcheuses d'une renonciation à la suite d'un avancement d'hoirie sont peu sensibles pour restreindre les droits du chef de famille, la quotité disponible s'élargissant par l'effet de la renonciation. Aussi parcourez les annales de notre jurisprudence, si riches, hélas! en procès sur la liquidation des successions et sur la combinaison de la réserve et de la quotité disponible, presque toujours vous verrez ces débats surgir entre les enfants, et les difficultés augmenter à raison du nombre des enfants. L'intérêt sérieux et ordinaire de la question se circonscrit habituellement entre les réservataires. Celui qui a eu le bonheur d'obtenir un avancement d'hoirie, mesuré avec libéralité par la tendresse paternelle, trop peu défiante de l'avenir, s'empresse de profiter pour lui seul de l'avantage qui lui a été fait dans des jours de prospérité, et s'efforce d'accaparer exclusivement, après un désastre survenu, ce qui était destiné à être partagé également entre tous. La jurisprudence que nous combattons favorise malheureusement ce penchant égoïste. Elle couvre d'un manteau de légalité que nous croyons usurpé une décision dictée par un sentiment de cupidité. Elle fait naître des dissensions vivaces entre les membres d'une même famille, en donnant des proportions considérables à une inégalité qui n'était pas dans le vœu du disposant, et qui ne s'est glissée entre les enfants qu'à l'aide d'une donation dont son auteur n'a pas aperçu le danger. Nous estimons que la loi est ici d'accord avec la morale pour déjouer autant que possible les calculs avides du renonçant, et rendre moins lourde pour les autres enfants une donation qui aboutit à un résultat tout autre que celui qu'avait espéré le défunt.

E. MACHELARD,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*La suite au prochain numéro.*)

BIBLIOGRAPHIE.

Handbuch der Rœmischen Alterthümer (Manuel des antiquités romaines), par MM. Becker et Marquardt. Leipzig, 1843-1856.

La fin du dix-huitième siècle et le commencement du dix-neuvième formeront, à n'en pas douter, un cycle glorieux dans l'histoire intellectuelle de l'Allemagne. Cette époque de renaissance germanique vit fleurir presque simultanément, dans le triple domaine de la littérature, de l'histoire et de l'art, quelques-uns de ces esprits d'élite, qui surgissent chez chaque peuple, à l'époque de sa maturité, comme pour personnifier dans leurs œuvres le génie national avant qu'il commence à dégénérer. A côté de Gœthe et de Schiller, brillèrent Herder et Heeren, Beethoven et Mozart. Les études philosophiques avaient déjà devancé, représentées par Leibnitz et Kant, le grand mouvement littéraire. Enfin, pour qu'aucune gloire ne manquât, dans les choses de l'intelligence, à cette ère classique du pays qui devait recevoir le surnom de *la docte Allemagne*, les travaux archéologiques prenaient dans le même temps un vigoureux essor ; retenus tout d'abord par Winckelmann et Lessing sur le terrain des recherches artistiques, ils ne tardèrent pas à aborder résolûment ce champ inépuisable que l'antiquité ouvre aux investigations de l'historien, du philologue et du jurisconsulte, et, loin de se refroidir un seul instant, cette ardeur pour l'érudition ne cessa de se répandre et de se développer, à mesure que grandissait la génération qui devait s'enorgueillir des Ottfried Müller, des Creuzer et des Savigny.

Le droit romain et l'archéologie latine, cultivés avec succès par les personnages savants de trois ou quatre contrées de l'Europe, avaient brillé dans chacune d'elles tour à tour d'un vif éclat. Après avoir inspiré l'Italie pendant trois cents ans, le souffle de l'antiquité avait successivement visité la France et la Hollande, avant que l'Allemagne, restée trop longtemps fidèle aux principes arbitraires de l'école dogmatique, adoptât les saines traditions de l'école historique, transmises d'Alciat à Voet par Cujas, Doneau et Godefroi. Mais dès l'instant où les doctrines littéraires eurent triomphé de la méthode scolastique, le pays des penseurs inflexibles et des chercheurs infatigables de-

vait occuper la première place dans l'ordre des travaux juridiques et archéologiques.

En se retrempant ainsi aux sources fécondes et pures, l'esprit scientifique rajeuni voyait s'ouvrir devant lui un champ d'études nouveau; mais les vastes horizons qui s'étaient soudainement révélés étaient trop peu connus encore pour permettre à ceux qui les abordaient d'y cheminer sans tâtonnements. Bientôt, de grandes luttes divisèrent le monde savant; de toutes parts, à côté des systèmes anciens, on vit des systèmes hardis et originaux s'élever et s'entrechoquer. Tandis que les uns, se reposant sur la foi des opinions reçues et des connaissances acquises, se refusaient à admettre tout point de vue qui ne rentrait point dans leurs théories exclusives, les autres, entraînés par un parti pris non moins aveugle, semblaient ne s'être proposé d'autre but que de renverser toutes les idées anciennes pour y substituer leurs propres rêveries, et ne craignaient point de contester l'authenticité des témoignages qui avaient joui jusqu'alors d'une autorité légitime. Il n'était guère probable que la vérité se trouvât tout entière dans l'un ou l'autre camp, soit du côté des conservateurs quand même, soit du côté des novateurs à tout prix. Et cependant l'ardeur de la lutte était telle, qu'il était difficile de rester indifférent sous prétexte d'impartialité; il en est de ces guerres civiles qui déchirent la république des lettres, comme des dissensions intestines qui désolaient la république romaine, et pendant lesquelles la neutralité était traitée de lâcheté. Aussi les ouvrages de longue haleine, rédigés d'après des idées préconçues, reflétaient-ils toujours les vues systématiques de leurs auteurs; l'exactitude des détails y était trop souvent sacrifiée au désir de façonner l'ensemble sur un modèle déterminé. Les monographies nombreuses qui parurent dans le même temps servirent davantage les progrès de la science; écrites en dehors de toute préoccupation d'école, destinées à préparer les conclusions générales plutôt qu'à les confirmer, elles fournissaient des matériaux solides et consciencieux à quiconque voudrait, dans l'avenir, écrire avec impartialité un ouvrage d'ensemble.

En attendant l'apaisement d'une lutte dont la violence ne permettait guère de se placer au point de vue calme et désintéressé qu'exige la rédaction d'un pareil ouvrage, les modestes

pionniers de l'érudition découvraient des régions inexplorées, et laissaient à l'ardeur belliqueuse des principaux combattants le temps de se ralentir. « Il fallait, écrivait en 1843 M. Becker, dans la préface de son précieux *Manuel des Antiquités romaines*, il fallait laisser se calmer la fermentation répandue par le génie de Niebuhr dans la masse inerte de cette science prétendue, qui s'endormait tranquillement sur la foi de traditions surannées ; il fallait laisser s'abattre cet ardent paroxysme qui venait après une longue torpeur, afin que la connaissance des antiquités romaines, plongée jusqu'alors dans un sommeil léthargique, rentrât, après cette crise salutaire, dans une voie saine de guérison. Il fallait commencer, en un mot, par résoudre une foule de questions soulevées; il fallait poursuivre des recherches spéciales, avant d'arriver à formuler des opinions fixes qui pussent obtenir cours partout. » Sans doute, l'ardeur des discussions n'était point encore entièrement apaisée à cette époque, mais les travaux individuels, entrepris dans des directions différentes, avaient acquis assez d'importance pour qu'il devînt utile de faire un inventaire des richesses acquises, et de les classer dans un travail général.

Cette tâche ne pouvait être mieux remplie qu'elle ne le fut par MM. Becker et Marquardt, les auteurs du remarquable ouvrage auquel je viens de faire allusion, le *Manuel des Antiquités romaines*.

Ce livre est un traité complet d'archéologie, un véritable monument élevé à l'histoire des institutions politiques, juridiques et religieuses de Rome. La publication de cet immense ouvrage, de près de trois mille cinq cents pages, qui est appelé à devenir classique, n'a point causé en France tout le retentissement qu'elle devait y avoir. Nous sommes encore trop insensibles aux grandes nouvelles scientifiques qui nous viennent d'outre-Rhin, et les fortes commotions qui agitent le monde savant chez nos voisins, ne se communiquent pas toujours assez rapidement jusqu'à nous. Je n'ignore point que nous pourrions plus justement encore leur renvoyer, à eux-mêmes, un reproche semblable ; je sais qu'ils n'affectent que trop souvent de dédaigner, ou même d'ignorer les productions de nos érudits. Mais leur indifférence à notre égard ne saurait justifier celle que nous leur témoignons quelquefois, et il n'est que trop constant que, soit par ignorance

de la langue, soit par aversion pour l'aridité du style et de la méthode, nous nous bornons à louer les travaux des Allemands en général, sans prendre la peine de les connaître en particulier. Si l'on en excepte quelques esprits de premier ordre, auxquels leur haute position dans la science impose l'obligation de se tenir au courant de toutes les nouveautés françaises et étrangères, le *Manuel des Antiquités romaines* ne compte que peu de lecteurs en France ; les bibliothèques publiques n'ont pas mis à l'accueillir plus d'empressement que les bibliothèques particulières, et la bibliothèque de l'Université, maintenue par son savant administrateur au niveau des immenses progrès de l'archéologie grecque et latine, est peut-être à Paris la seule qui puisse fournir à ses laborieux visiteurs cet instrument de travail désormais indispensable.

C'est cependant un précieux auxiliaire scientifique que cet ouvrage colossal, à l'achèvement duquel un seul homme ne put suffire. Commencé en 1843 par M. Becker, professeur à l'université de Leipzick, que la mort interrompit au milieu de sa tâche gigantesque, victime de son dévouement pour la science, et continué, depuis 1849, par M. Marquardt, professeur au gymnase de Dantzick, qui suivit fidèlement la méthode et les traditions de son maître, il ne put être terminé qu'en 1856. Ce livre sera consulté avec un égal profit par le novice qui débute dans la carrière, et par le savant émérite qui l'a déjà parcourue : le premier, prenant à la lettre le titre modeste de Manuel, que lui a donné son auteur, trouvera en lui un guide précis, méthodique et bien informé, qui l'initiera avec sûreté et sans fatigue à la connaissance approfondie de l'antiquité classique ; l'autre, abordant, en critique compétent, l'examen de cet ouvrage de doctrine, trouvera à chaque instant, en l'étudiant, l'occasion de contrôler ses propres opinions, de compléter ses connaissances, de rectifier ses jugements. Aussi l'auteur aurait-il pu, sans arrogance, prendre pour épigraphe cette devise dont on a tant abusé :

Indocti discant et ament meminisse periti.

Dans la composition de ce traité, dans l'emploi des travaux antérieurs qui pouvaient servir à sa confection, MM. Becker et

Marquardt n'ont point été seulement des compilateurs intelligents, mais des écrivains originaux, imprimant à leur œuvre un cachet tout personnel. Toutes les fois qu'ils ont mis à contribution les études de leurs devanciers, ils n'en ont accepté les conclusions que sous bénéfice d'inventaire, se réservant de les approfondir avant de leur accorder le droit de cité dans le *Manuel*, et, au besoin, de les combattre avec cette franche vivacité qui accompagne les convictions puisées dans une étude directe des sources primitives ; dans cet examen consciencieux de la plupart des travaux modernes, ouvrages généraux ou dissertations spéciales, ils ont fait preuve d'une rare sagacité critique.

La méthode qu'ils ont suivie dans la disposition de leur livre, quelque compliquée qu'elle puisse paraître d'abord au lecteur, qui voit, en en parcourant les feuillets, le flot montant des notes envahir sans scrupule une partie de l'espace réservé au texte, est, en réalité, aussi simple qu'on le peut désirer. C'est un excellent moyen d'éviter les longueurs et les obscurités, lorsqu'on écrit dans une langue qui, comme la langue allemande, ne se distingue pas par le double mérite de la clarté et de la simplicité, que de renvoyer dans les régions inférieures de la page les questions accessoires et les points de détail, en réservant l'étage supérieur pour tout ce qui est nécessaire à l'enchaînement des idées principales. On ne peut donc, à mon avis, que féliciter les auteurs du *Manuel des Antiquités romaines* d'avoir adopté cette méthode, qui débarrasse le récit de tout ce qui pourrait en paralyser la marche. Le texte contient un exposé précis et substantiel du sujet, qui y est traité *ex professo*, avec les développements nécessaires, mais sans prolixité. La question à étudier y est présentée d'une manière complète, avec beaucoup d'ordre et de netteté ; pour s'en former une idée générale, sans entrer dans la discussion des preuves, la lecture du texte suffira. Les notes renferment, pour ainsi dire, les pièces justificatives : d'abord, les citations empruntées aux écrivains classiques de l'antiquité, non point de simples renvois aux auteurs, mais le plus souvent la reproduction textuelle des passages invoqués, système qui contribue sans doute à augmenter les proportions déjà considérables du livre, mais présente l'inestimable avantage de faciliter singulièrement les vérifications, en rassemblant sous les yeux du lecteur tous les éléments de conviction. Puis vien-

nent les témoignages que fournissent des monuments anciens d'un autre genre, tels que les inscriptions et les monnaies; les commentaires que nécessite quelquefois l'explication des textes; les éclaircissements philologiques; les discussions sur l'authenticité, la valeur ou la signification des passages suspects ou obscurs; les corrections ou restitutions proposées. S'agit-il de fournir des exemples d'un phénomène auquel il est fait allusion dans le texte; de faire un rapprochement; d'indiquer des changements survenus dans l'existence de tel personnage, dans la condition de telle localité, dans la fortune de telle institution, dont il n'est fait dans le texte qu'une mention incidente; d'énumérer, enfin, pour compléter une liste intéressante, une série de noms historiques ou géographiques? Les notes sont là, remplies de bonne volonté, prêtes à engloutir discrètement toutes ces notions accessoires. C'est encore à elles que sont confiées les indications bibliographiques spéciales; ce sont elles, enfin, qui contiennent l'examen critique et la discussion de certaines opinions des écrivains modernes. Allégé de ce pesant bagage, le texte conserve une allure plus vive et plus légère, et réussit plus facilement à captiver le lecteur, dont cette masse indigeste aurait mal à propos fatigué l'attention.

Le *Manuel des Antiquités romaines* est divisé en quatre parties, dont chacune correspond à un ordre d'idées particulier. Leur étendue varie, suivant l'importance très-inégale des sujets auxquels elles sont consacrées; mais toutes les matières y sont traitées d'une manière égale et avec les mêmes développements. La clarté, l'ordre, la précision, en un mot la méthode qui règne dans tout le cours de l'ouvrage, malgré l'abondance des questions qui s'y pressent et la variété des systèmes qui s'y croisent, se manifeste dès les premières pages, et il suffirait d'un coup d'œil jeté sur la table des matières détaillée, pour reconnaître combien ce talent de composition doit abréger et simplifier les recherches du lecteur.

I. La première partie est réservée à l'examen des sources et à l'étude de la topographie de Rome, deux questions dont la solution devra servir de base à l'ouvrage tout entier. L'architecte commence par établir solidement les fondations sur lesquelles reposera son édifice.

Les sources originales, d'ailleurs, sont elles-mêmes des anti-

quités, comme le remarque M. Becker. L'auteur énumère les sources antiques qu'il a pu consulter et celles qui, perdues aujourd'hui, ont pu être mises à profit par les écrivains classiques. Il rend compte de la valeur qu'il attache à chacune d'elles, et de l'usage qu'il en a fait. Quelques historiens ont été surfaits, d'autres ont été rabaissés par les savants modernes ; M. Becker s'efforce de les faire apparaître sous un jour plus vrai ; c'est ainsi qu'il venge Appien des injustes dédains de Niebuhr, et lui reconnaît avec raison un jugement sûr et un grand talent historique, malgré certaines erreurs qu'il était difficile d'éviter à son époque. On voit ainsi percer, dès le début de l'ouvrage, la sagacité consciencieuse de l'auteur.

Les sources primitives auxquelles les écrivains de l'antiquité ont eux-mêmes puisé, et qui datent des temps mêmes qu'elles sont destinées à éclairer, comprennent à la fois des documents écrits et des monuments publics ou privés. Les unes avaient un caractère éminemment historique, comme les Annales des Pontifes, qui constituaient une sorte de chronique des événements principaux de l'ordre politique ou des phénomènes naturels qui se passaient à Rome dans l'année ; elles n'étaient point tenues secrètes, comme le furent les *commentarii pontificum* et les *libri pontificii*, lesquels traitaient du droit religieux et des questions relatives au culte, et restaient toujours entre les mains des patriciens.

Les sources juridiques se rapportaient au droit national des Romains, comme les *leges regiæ*, dont les principales sont attribuées à Numa ; ou au droit international, comme les *tabulæ fœderum*, dans lesquelles étaient consignés les traités faits avec les peuples voisins, par exemple celui de Servius Tullius avec les Latins.

Ce sont aussi des monuments antiques de la plus haute importance que les Fastes : *Fastes kalendares*, véritables calendriers indiquant les calendes, les nones et les ides, et faisant mention des jours fastes ou néfastes en entier ou pour partie [1], ainsi que des jours où se tenaient les comices (*dies comitiales*), des jours

[1] On sait qu'il y avait chez les Romains des jours dits *endotercisi* ou *intercisi*, dont le milieu seul était faste, tandis que le matin et le soir étaient néfastes (Varron, *De lingua latina*, VI, 4).

de marché (*nundinæ*), de fêtes, de jeux, etc. [1]; *Fastes consulares*, tableau chronologique, dans lequel se trouvaient consignés pour chaque année, comme autrefois dans les *libri lintei* et les *libri magistratuum*, les noms des magistrats en exercice.

Sous le nom général de *tabulæ publicæ*, on comprenait les lois, les édits, les sénatus-consultes, les plébiscites, etc. M. Becker examine le mode de promulgation et de conservation de ces actes, et la vraisemblance de leur authenticité. Quant aux *Acta diurna populi Romani* et aux *Commentarii rerum urbanarum*, c'étaient des espèces de gazettes relatant les faits quotidiens [2].

A côté de ces documents publics, on avait aussi, dans l'antiquité romaine, des documents privés et des papiers domestiques (*monumenta privata*), tels que les oraisons funèbres (*laudationes funebres*) et les titres de famille (*tituli imaginum*); mais la pensée de flatterie et le sentiment de vanité qui les inspiraient donnent à ces sources un caractère suspect.

Enfin, l'érudit consulte aujourd'hui encore avec le plus grand fruit les trésors de l'épigraphie et de la numismatique : de nombreuses inscriptions, relatives à des faits publics et privés de toute espèce, éclairent, ainsi que les monnaies, une foule de points restés dans l'ombre. Les chants religieux, tels que les *Carmina Saliorum*, et les *Tabulæ fratrum Arvalium* publiées par Marini [3], sont aussi très-précieux pour l'étude des premiers temps de Rome.

L'auteur du *Manuel* rapproche de ces monuments primitifs les livres des annalistes, c'est-à-dire des historiens anciens dont les œuvres ne nous sont point parvenues, puis il passe à l'examen des sources manuscrites qui se sont conservées jusqu'à nous.

Une place à part est faite à Cicéron, qui fut le témoin vivant des événements les plus considérables, à une époque où la république romaine et ses institutions avaient atteint leur suprême degré de développement, et dont les œuvres nous révèlent la procédure judiciaire des Romains, en même temps qu'elles nous

[1] Plusieurs villes avaient des calendriers particuliers : tels étaient le *kalendarium Amiterninum*, le *kalendarium Antiatinum*, le *kalendarium Venusinum*, les *Fasti Prænestini*, etc.

[2] J.-V. Le Clerc, *Des journaux chez les Romains.*

[3] *Gli Atti de' fratelli Arvali*, Rome, 1795.

donnent des détails importants sur leur droit civil et administratif : ses plaidoyers, ses lettres familières et ses traités de la république et des lois nous fournissent, à cet égard, la moisson la plus abondante.

Dans l'étude critique à laquelle il se livre sur les historiens de Rome, M. Becker place en première ligne Tite-Live parmi les Romains, Polybe et Denys d'Halicarnasse parmi les étrangers ; puis, il apprécie successivement, au point de vue du degré de leur véracité et de l'utilité des renseignements qu'ils nous ont laissés, Appien, Dion Cassius, Velleius Paterculus, Valère-Maxime, Tacite et Suétone, en se bornant à quelques mots pour les historiens dont les ouvrages ont un caractère spécial ou une importance secondaire.

Après avoir soumis à un examen du même genre les grammairiens, les écrivains didactiques, les commentateurs anciens, les poëtes, etc., il complète son travail sur les sources originales par quelques conseils sur l'exercice de la critique, l'usage des documents, l'appréciation de leur valeur et la comparaison des données qu'ils fournissent, et ajoute, en terminant, une liste bibliographique indiquant les principaux produits de l'érudition moderne.

La topographie de Rome a été l'objet de longues et vastes recherches de la part de l'auteur du *Manuel*, et ce sujet a été traité par lui avec de grands développements. Après avoir parlé de la position géographique et du climat, il présente un tableau général de la ville ; puis, il en étudie avec détail les agrandissements successifs, et montre l'ancienne bourgade palatine devenant, après l'adjonction des sept collines, la grande cité de Servius Tullius. Il énumère les portes de Rome, en indique la situation, et expose l'étymologie de leurs noms ; il mentionne les fortifications qui furent élevées tour à tour, les différentes murailles dont la ville fut entourée ; il cite, enfin, les voies principales, telles que la *via sacra* et la *via nova*, et en détermine le parcours. Puis, il expose savamment les vicissitudes du Forum, cet immortel théâtre de la vie publique des Romains ; il recherche quelles en furent l'étendue et les limites aux diverses époques de leur histoire : sous la république, d'abord ; ensuite, depuis César jusqu'à Domitien ; enfin, depuis Domitien jusqu'à la chute de l'empire. La grave question qui consiste à

déterminer la position respective du *forum* et du *comitium* est examinée dans le *Manuel* avec tout le soin qu'elle mérite; et les *fora* des empereurs (le *forum* d'Auguste, celui de Nerva et celui de Trajan) font chacun l'objet d'une étude spéciale.

Viennent ensuite des pages nombreuses consacrées aux collines de la Ville éternelle, à leur situation topographique et aux monuments qu'elles portent, principalement aux temples qui s'y trouvent situés : en première ligne apparaît le mont Capitolin, surmonté du Capitole, puis le Palatin, etc. L'auteur étudie également la topographie des parties basses qui séparent ces hauteurs, et des plaines avoisinantes, sans omettre une huitième colline renfermée dans le mur Aurélien, le *collis hortorum*, aujourd'hui Monte Pincio. Il termine cette partie de son travail en énumérant les principaux édifices publics de l'ancienne Rome, cirques, théâtres, amphithéâtres, thermes, ponts, aqueducs, etc.

Enfin, un appendice contient la liste des régions de la ville, d'après le manuscrit du Vatican intitulé *Curiosum urbis Romæ Regionum XIIII cum Brebiariis suis*. Ce tableau n'est accompagné que d'un commentaire très-succinct, M. Becker ayant réservé ses explications pour leur donner une place dans une dissertation spéciale, qui fut publiée l'année suivante, à titre de supplément à son *Manuel*[1].

II. La seconde partie, qui est la plus intéressante pour les jurisconsultes, est consacrée à la constitution politique des Romains, dont l'histoire forme un des phénomènes les plus remarquables et les plus grandioses de l'antiquité. L'auteur rappelle, dans l'introduction, qu'elle fut la création libre et spontanée d'un peuple doué au plus haut degré de l'esprit politique, qui s'inspira sagement des besoins pratiques d'un bon gouvernement, plutôt que de ces théories abstraites qui servent souvent de base aux utopies irréalisables des réformateurs sociaux; puis, il nous la montre se développant peu à peu, en dehors de toute influence étrangère, par sa propre vertu, par suite des tendances naturelles du caractère romain et de l'expérience de la vie publique; maintenue, enfin, et perfectionnée sans secousse, au moyen d'une juste pondération des pouvoirs résultant de l'op-

[1] *Die rœmische Topographie in Rom*, Leipzick, in-8°.

position légale entre les divers éléments de l'Etat. C'est parce qu'elle fut l'expression la plus parfaite du génie national, c'est parce qu'elle répondit complétement à la passion du peuple romain pour la liberté politique, que, malgré l'agrandissement d'une puissance qui devait établir sur le monde la domination universelle, cette constitution réussit à se conserver intacte pendant près de cinq cents ans, sans qu'aucun changement essentiel fût venu bouleverser les formes fondamentales, sauf une courte apparition du despotisme dictatorial à la fin de la république.

Malgré l'abondance des travaux modernes, infiniment plus nombreux pour la grave question qui est traitée dans cette seconde partie que pour celles qui ont fait l'objet de la première, M. Becker proteste d'être demeuré fidèle à son principe, de prendre pour base proprement dite de son exposition les matériaux puisés directement dans les sources originales : aussi s'est-il constamment appliqué à n'accepter aucune idée dont il n'eût trouvé la justification dans l'ensemble des témoignages de l'antiquité. Comment choisir, d'ailleurs, entre des systèmes si divergents, à moins d'adopter des règles de critique certaines? L'histoire des institutions politiques de Rome est le champ clos où les champions de l'érudition se mesurent avec le plus d'ardeur : il est peu de sujets qui aient soulevé des controverses aussi vives, et fait soutenir avec plus de persistance des opinions plus opposées. L'insuffisance et l'obscurité trop fréquentes des documents anciens ouvrent une vaste carrière aux conjectures et aux combinaisons arbitraires. Or, cette voie d'interprétation hasardée, dans laquelle il est si facile de s'égarer, devient d'autant plus incertaine que les savants modernes ne s'accordent même pas sur le point de départ : les uns prétendent qu'à l'époque où écrivaient les auteurs anciens dont les œuvres sont venues jusqu'à nous, la connaissance du droit public ancien s'était déjà singulièrement obscurcie, et que les traditions antiques furent méconnues par eux ou, du moins, imparfaitement comprises; les autres maintiennent, au contraire, que les institutions politiques des premiers temps, décrites avec exactitude par les vieux annalistes, se sont trouvées reproduites dans les livres des écrivains classiques comme dans un miroir irréprochablement fidèle. L'auteur du *Manuel*, qui paraît animé de

tendances éclectiques, n'adopte d'une manière exclusive aucune de ces opinions extrêmes et, tout en reconnaissant que la distance des temps a dû dénaturer l'histoire de la constitution dans une mesure beaucoup moindre que l'histoire des événements, il fait observer avec raison que le témoignage même des annalistes qui ne commencèrent à écrire qu'au sixième siècle de Rome doit être quelquefois erroné sur les détails de l'époque primitive.

Les origines de la Ville éternelle sont enveloppées de mystères. Quelles étaient les populations qui occupaient, dans le principe, le pays qui devint plus tard le Latium? A quelle famille de peuples se rattache la race latine? A quelle époque et par qui Rome fut-elle réellement fondée? Quels furent, enfin, les divers éléments dont la fusion complète constitua peu à peu cette nation forte et compacte qui devait subjuguer l'univers? Questions capitales qui s'élèvent dès les premiers pas tentés dans cette étude, et dont la solution, telle qu'elle paraît résulter des vieilles traditions, peut sembler suspecte à raison de son caractère légendaire. M. Becker croit qu'une race d'hommes appelés par les auteurs *Aborigenes* ou *Sacrani*, expulsée des environs de Reate par les Sabins, aurait chassé de la plaine qui s'étend au sud du Tibre, le long des côtes, la peuplade des Siculi, et que cette race, d'une origine tyrrhéno-pélasgique, mélangée bientôt d'un élément grec ou troyen, devint le peuple des Latins. Les anciens Latins (*prisci Latini*) formèrent une ligue de trente villes, à la tête desquelles fut placée Alba Longa; quant à la fondation de Rome, qui est due aussi aux Latins, elle aurait été le résultat d'une séparation (*secessio*), d'une sorte de démembrement de la ligue, plutôt que l'établissement d'une colonie véritable. Après avoir déterminé l'année de sa fondation et l'étymologie de son nom, le savant écrivain expose avec détail l'adjonction aux habitants de la ville palatine d'une population sabine établie sur le Quirinal, et d'une population étrusque fixée sur le mont Cælius, et recherche laborieusement la dérivation la plus probable du nom de *Quirites*, qui fut donné au peuple sorti de la fusion de ces trois races.

Cet aperçu historique, préliminaire indispensable à l'étude de la constitution romaine, est suivi d'un exposé complet et détaillé de toutes les classifications politiques et sociales qui furent successivement créées.

Les trois tribus anciennes des Ramnes, des Tities et des Luceres, correspondant aux trois éléments latin, sabin et étrusque de la population romaine, se divisaient chacune en dix curies : les trente curies représentaient le *populus* tout entier. Chaque curie avait à sa tête un *curio*, qui était chargé, conjointement avec un *flamen curialis*, du culte particulier (*sacra*) de la curie : les trentes *curiones* formaient un collége sacerdotal, dont le président prenait le titre de *maximus curio*.— Les *gentes*, qui seraient identiques, suivant Niebuhr, aux trois cents décuries dont se composaient les curies, et qu'il rapproche de la subdivision analogue des φράτριαι d'Athènes en γένεα, ne seraient point, à l'en croire, des familles proprement dites, mais des corps créés à un point de vue politique et militaire, et comprenant des hommes libres qui prenaient le même nom, sans être nécessairement unis entre eux par le moindre lien de parenté; M. Becker est persuadé, au contraire, que la *gens* ne comprenait, du moins dans le principe, que des membres d'une seule et même famille, et invoque, à l'appui de son opinion, des textes et des exemples. Il énumère ensuite les principaux droits qui résultaient de la *gentilitas*, tels que les *sacra privata*, le *jus sepulcri*, le *jus hereditatis* et la *cura legitima*, fait allusion à certains usages propres à quelques *gentes*, et rappelle que la qualité de *gentilis* se perdait par toute espèce de *capitis deminutio*.

La division des personnes la plus large est celle des hommes libres et des esclaves ; les hommes libres se subdivisent, suivant une distinction bien connue, en *ingenui* et en *libertini*. L'esclave prend naissance, *jure gentium*, par l'effet du droit de guerre ou de la naissance ; *jure civili*, par l'addiction du débiteur à son créancier, ou par l'effet de certaines condamnations. Tous ces points, qui constituent autant de principes élémentaires du droit romain, sont exposés d'une manière saillante et approfondie dans le *Manuel*, et accompagnés de considérations remarquables sur l'étendue de la puissance dominicale relativement aux biens et à la personne de l'esclave, ainsi que d'une foule de développements intéressants sur les divers modes de *manumissio* solennels et non solennels, sur les restrictions apportées aux affranchissements par les lois Aelia Sentia et Furia Caninia, sur la condition des affranchis, leurs rapports avec leurs patrons, les noms qu'ils

recevaient et les signes extérieurs par lesquels se manifestait l'acquisition de la liberté.

Pour un peuple aussi jaloux de sa nationalité que l'était le peuple romain, le titre de citoyen avait une valeur qui est devenue proverbiale : aussi toutes les notions relatives à la distinction des *cives*, des *Latini* et des *peregrini*, sont-elles de la plus haute importance pour l'étude de l'antiquité. Les pages relatives à la possession de la *civitas* par l'effet de la naissance, de la concession du droit de cité ou de la manumission parfaite, ainsi qu'aux avantages du *civis Romanus optimo jure*, savoir : le *jus suffragii*, le *jus honorum* et le *jus provocationis* (droit d'appel au peuple) dans l'ordre des droits publics, le *commercium* et le *connubium*, dans la sphère des droits privés, seront lues avec fruit par quiconque veut se pénétrer de l'esprit de l'antiquité.

Je dois mettre sur la même ligne l'étude consacrée à la *capitis deminutio*, qui est précédée d'une discussion de la valeur des mots *caput* et *status*, et suivie d'une distinction savante entre les causes et les effets de l'*infamia* proprement dite, et de la note des censeurs (*ignominia ex notatione censoria*). La triple déchéance, comprise sous le nom générique de *capitis deminutio*, se rattachait aux droits sociaux, aux droits civiques et aux droits de famille : la *maxima*, qui entraînait la perte de la liberté, était encourue par le Romain qui s'était soustrait à l'impôt ou au service militaire [1], par celui que le *pater patratus* livrait à l'ennemi [2], et, dans l'ancien temps, par le débiteur dont la propriété était attribuée à son créancier [3] ; la *minor* ou *media*, qui consistait dans la perte de la qualité de citoyen, résultait de la renonciation volontaire au droit de cité (*rejectio Romanæ civitatis*), de l'exil, c'est-à-dire l'interdiction de l'eau, du feu et, sous l'empire, la déportation [4], et enfin, suivant l'ancienne jurisprudence, de l'application aux

[1] Le premier était qualifié d'*incensus ;* le second, de *tenebrio*.

[2] Etaient livrés à l'ennemi les citoyens qui violaient le droit des ambassadeurs (Dig., liv. L, t. VII, loi 17), et les généraux qui, de leur propre autorité, avaient conclu un traité que le sénat refusait de ratifier (Zonare, VII, 26 ; VIII, 18).

[3] Le débiteur *addictus ex aere confesso* pouvait être coupé en morceaux par ses créanciers ou vendu au delà du Tibre, aux termes de la loi des Douze Tables.

[4] La relégation dans une île, peine usitée déjà sous la république, ne faisait point perdre le titre de citoyen.

étrangers des règles du *postliminium*[1] ; quant à la *minima*, qui avait lieu dans les cinq cas d'adoption, d'adrogation, de *conventio in manum*, de *mancipio datio* et d'émancipation, elle paraît aussi avoir eu pour base moins un simple changement de famille qu'une véritable diminution de la capacité juridique au point de vue des droits de famille[2].

A l'étude de la *capitis deminutio* succède l'examen des rapports établis entre les patrons et leurs clients, de leurs droits et de leurs devoirs réciproques, et de la transmission héréditaire de ces obligations, qui, pour ne relever que de la conscience, n'en étaient que plus sacrées ; puis vient une longue dissertation sur la distinction fondamentale des patriciens et des plébéiens, l'étymologie de ces noms, l'origine du patriciat, sa grandeur et sa décadence, l'acquisition de cette noblesse par des étrangers et des hommes du peuple, au moyen d'une *cooptatio* faite par les curies, qui n'étaient composées que de *patricii*, le passage inverse d'un patricien dans les rangs des plébéiens (*transitio ad plebem*), l'augmentation progressive des droits de la *plebs*, et l'assimilation rapide de sa position à celle des clients.

Les pages suivantes du *Manuel* sont consacrées aux divisions établies par Servius Tullius : nous assistons à la création par ce prince des trente tribus territoriales[3], correspondant à autant de régions et subdivisées en quatre tribus urbaines et vingt-six tribus rurales ; nous voyons leur nombre, diminué d'abord, puis accru peu à peu, s'élever définitivement à trente-cinq en l'an 513 de Rome ; nous voyons se dérouler devant nous l'organisation intérieure des *tribus rusticæ* avec leurs *pagi*, leurs *magistri pagorum*, leurs *Paganalia* et leurs *pagani*, et des *tribus urbanæ* avec leurs *vici*, leurs *magistri vicorum*, leurs *Compitalia* et leurs *montani* ; nous apprenons, enfin, que les patriciens étaient rangés dans les tribus comme les plébéiens, et que, s'ils ne prirent point

[1] On décidait autrefois que, lorsqu'un étranger, devenu citoyen romain, retournait dans son pays, il perdait *jure postliminii* le droit de cité romaine.

[2] Dans les cas d'adoption et d'émancipation, la *capitis deminutio* résidait dans le passage nécessaire par l'état de *mancipium* (Gaius, I, 141). — Il est à remarquer que, pour les vestales et le *flamen Dialis*, la sujétion à la puissance paternelle cessait sans qu'il y eût *deminutio* (Gaius, I, 130 ; III, 114).

[3] Denys d'Halicarnasse (IV, 14) les appelle φυλαί τοπικαί.

part aux comices par tribus instituées beaucoup plus tard, c'est que la création de ces comices fut dictée par l'intérêt exclusif de la *plebs*.[1]

A côté de la division territoriale en tribus se plaça la division personnelle en centuries. Le peuple romain reçut une organisation toute militaire : considéré comme une armée (*exercitus*, autrefois *classis*) [2], il fut divisé par Servius Tullius en deux grandes catégories : les cavaliers (*equites*), formant dix-huit centuries ; les fantassins (*pedites*), répartis entre six classes [3], subdivisées elles-mêmes en centuries [4]. La quotité d'impôt à payer par chacun et la nature du service militaire dont il devait s'acquitter différaient suivant la classe à laquelle il appartenait. Quant au droit de suffrage dans les comices, il s'exerçait par centurie : chaque centurie avait une voix, représentant la majorité des suffrages individuels recueillis dans son sein. La première classe, réunie aux *equites*, formait 98 centuries (sur 193) : la majorité lui était donc assurée. Or, si l'on songe que la répartition dans les classes avait pour base le cens, et que la première comprenait les citoyens dont le cens était d'au moins 100,000 as, on voit que l'organisation par centuries assurait la prépondérance aux citoyens les plus riches ; Servius Tullius avait voulu, en effet, substituer une aristocratie de fortune à l'aristocratie de naissance. — Après avoir dressé un tableau comparé des centuries, d'après Tite-Live [5] et Denys d'Halicarnasse [6], discuté les divergences qui existent entre ces deux auteurs, et rapproché de leurs témoignages celui de Cicéron [7], M. Becker indique le cens affé-

[1] M. Becker fait remarquer, avec une grande justesse, que les comices par tribus ne furent point des assemblées des tribus, mais des assemblées de la *plebs* votant par tribus.

[2] L'armée romaine n'était, en effet, que la nation sous les armes.

[3] La sixième classe, qui n'était point à proprement parler une *classis*, comprenait les prolétaires ou *capite censi*, par opposition aux citoyens des cinq premières classes, qui payaient un cens et étaient dits *locupletes* ou *assidui*.

[4] Les centuries, dont chacune était composée pour moitié de *seniores* et de *juniores*, étaient au nombre de 193, en y comprenant les 18 centuries d'*equites*.

[5] I, 43.

[6] IV, 16 et seq.; VII, 59.

[7] *De republ.*, II, 22.

rent à chaque classe, et étudie avec détail les conditions du vote dans les comices.

La section relative aux classifications établies parmi la population de Rome se termine par un aperçu de la noblesse romaine, de son origine, de ses usages, tels que le *jus imaginum*, et de ses prétentions ; et par de précieux développements sur l'institution de l'ordre équestre au septième siècle de Rome, époque avant laquelle les chevaliers n'avaient point formé de classe particulière. Pour l'analyse des questions traitées sous ces rubriques, qui se rattachent moins directement à la connaissance du droit romain, je me borne à renvoyer au sommaire placé en tête du volume.

Les sujets étudiés dans les sections qui suivent intéressent aussi l'historien à un plus haut degré que le jurisconsulte : le rôle des différents pouvoirs de l'Etat y est examiné dans les plus grands détails, au point de vue des trois constitutions qui se succédèrent à Rome.

La royauté était une puissance suprême, instituée par le peuple d'après le principe de la libre élection : lorsque le trône devenait vacant, les auspices retournaient aux patriciens, qui nommaient un *interrex*, sur la proposition duquel le peuple choisissait le nouveau roi ; cette élection (*creatio*) était suivie de l'*inauguratio*, qui conférait au nouvel élu le caractère pontifical ; enfin, l'*imperium*, c'est-à-dire la plénitude des pouvoirs militaires et civils, lui était déféré par un acte spécial des curies, la *lex curiata de imperio*[1]. Il n'y avait point d'autre magistrature permanente que celles du *tribunus celerum* et du *custos* ou *præfectus urbis*, qui exerçaient, à défaut du roi, les attributions militaires ou judiciaires.

Le sénat, dont les membres étaient nommés par le roi, ne pouvait se réunir que sur sa convocation, et se trouvait, dans une certaine mesure, dans sa dépendance, mais il avait la direction exclusive des affaires extérieures, telles que guerres, traités de

[1] M. Becker s'attache à démontrer longuement que l'*auctoritas patrum*, qui était nécessaire, suivant Tite-Live, I, 17, 22 et 32 (*patres auctores fiunt*), pour conférer au roi l'*imperium*, n'était autre chose que la *lex curiata* : par *patres*, il faut entendre les patriciens, c'est-à-dire les membres des curies.

paix et alliances, et exerçait une influence considérable sur la législation et sur l'administration.

Quant au peuple, il avait le droit d'élire le roi et les magistrats, le droit de voter les lois, et enfin, lorsque le chef de l'Etat le consultait à cet égard, le droit de décider de l'opportunité d'une guerre [1]. Ces droits s'exerçaient dans les assemblées populaires, qui s'appelaient *conciones*, lorsqu'elles n'étaient convoquées que pour recevoir des communications officielles, et *comitia*, lorsqu'elles avaient pour objet une décision à prendre. Les *comitia calata* avaient un caractère purement religieux, et servaient à attester certains actes solennels, comme l'inauguration des Flamines, la confection des testaments et la *detestatio sacrorum* [2]. Les attributions politiques s'exerçaient dans les comices proprement dits : comices par curies avant Servius Tullius; plus tard, comices par centuries. Les comices par curies, auxquels les patriciens pouvaient seuls prendre part, et dont les opérations intérieures sont fort intéressantes à étudier [3], statuaient sur les questions politiques, dont la décision était réservée au peuple : en outre, ils étaient seuls compétents pour l'admission d'un nouveau membre dans le corps des patriciens, et devaient se réunir, sous la présidence des pontifes, pour sanctionner toute adrogation, attributions qui leur restèrent après la création des comices par centuries.

Sous la république, l'exercice de la puissance fut partagé entre les magistrats, le sénat et le peuple. Le *Manuel* contient une longue étude préliminaire sur l'esprit général des magistratures

[1] L'auteur du *Manuel* croit que la juridiction exclusive du peuple dans toutes les causes capitales intéressant un citoyen existait aussi, de même que le droit d'appel au peuple, dès l'époque des rois (depuis Tullus Hostilius) : la loi Valeria n'aurait donc fait qu'étendre ce *jus provocationis*.

[2] Après la chute de la royauté, il fallut élire un *rex sacrorum*, car l'immutabilité des formules s'opposait à ce que les fonctions sacerdotales, confiées jadis au roi, fussent exercées par d'autres que par un *rex* : cette nomination fut faite aussi dans les *comitia calata*.

[3] M. Becker expose d'une manière complète le mode usité pour donner les suffrages : il fait observer qu'au sein de chaque curie le vote se faisait non point par *gentes*, mais individuellement (*viritim*) ; la majorité des voix recueillies formait le vote total de la curie. Les curies étant au nombre de trente, la majorité était de seize : il pouvait donc y avoir partage. — La curie qui devait voter la première (*curia principium* ou *prærogativa*) était désignée par le sort.

romaines, leur caractère éminemment temporaire et la responsabilité qui en était inséparable ; sur le mode d'élection des magistrats, la capacité des candidats éligibles et les réélections ; sur l'usage et les abus de la brigue, réprimés par les *leges de ambitu ;* sur les pouvoirs généraux communs à tous les magistrats, les honneurs qu'on leur rendait, les insignes dont ils étaient revêtus, etc. Puis viennent un tableau chronologique des magistratures et une liste de leurs principales divisions : patriciennes et plébéiennes ; grandes et petites (*majores* et *minores*) ; curules et non curules ; ordinaires et extraordinaires.

A chaque magistrature est consacré un chapitre spécial, qui commence par en exposer l'origine et l'étymologie ; puis, après en avoir fait ressortir le caractère fondamental, indique le mode d'élection, l'époque de l'entrée en fonctions et les conditions spéciales d'éligibilité. La nature et l'étendue des attributions du magistrat, les recours ouverts contre ses abus de pouvoir et ses rapports avec les magistrats supérieurs, égaux ou inférieurs dans l'ordre hiérarchique, font l'objet des plus hautes et des plus savantes considérations. L'immense et consciencieux travail de M. Becker, dont les proportions gigantesques inspirent une admiration mêlée, pour ainsi dire, de stupeur, embrasse successivement toutes les magistratures romaines, depuis le consulat, la préture et la censure jusqu'au tribunat, à l'édilité et à la questure, sans négliger les fonctions extraordinaires des décemvirs, des *præfecti urbis* et des dictateurs, et éclaire dans leurs plus mystérieuses profondeurs, à l'aide des lumières que fournit une saine érudition, les délicates questions que soulève en foule un sujet aussi vaste. L'abondance même des matières me fait un devoir de ne point tenter ici un inutile résumé.

En ce qui touche le sénat de la période républicaine, l'auteur traite tour à tour de la composition de cette auguste assemblée, de l'ordre de ses séances, du mode de délibérer, de parler et de voter qui y était en usage, de la forme et de la rédaction des sénatus-consultes, et enfin des attributions du sénat et du développement que son autorité avait pris.

Ici la mort vint arrêter les généreux efforts de M. Becker, et ce fut son continuateur qui dut passer en revue le rôle des assemblées du peuple pendant la république, en étudiant la compétence respective des comices par centuries et des comices

par tribus, ainsi que les points de détail relatifs à leur tenue et à leur composition.

Passant ensuite à l'étude de la constitution romaine sous l'empire, M. Marquardt nous fait assister au spectacle de la décomposition rapide de l'organisation politique qui avait fait la gloire et la prospérité de la grande nation. C'était le sénat, représentant l'élite des citoyens, qui avait principalement contribué, par la hauteur de ses vues et l'énergie de ses décisions, à fonder et à consolider la puissance romaine au dehors, et à maintenir l'unité au dedans : ce fut le développement exagéré de l'influence démocratique dans les assemblées populaires qui compromit les libertés publiques, en facilitant la corruption et les abus de la force. Rome fut punie par où elle avait péché : les comices furent la première institution sacrifiée par le régime impérial au despotisme naissant, — non pas qu'ils aient cessé d'exister en droit, ainsi qu'on l'a cru, dès le règne de Tibère, mais parce qu'ils n'eurent plus, en fait, qu'un rôle dérisoire [1], et ne furent plus convoqués que pour ratifier des choix faits sans leur participation, et des résolutions prises sans leur concours.

Le sénat romain subit une fortune analogue, et cessa bientôt, malgré le maintien apparent de toutes ses attributions anciennes, de jouer un rôle important dans les conseils du gouvernement. En droit, l'exercice de la souveraineté avait passé, à la chute de la république, des comices au sénat : il semblait donc, à ne considérer que les faits extérieurs, que sa puissance se fût accrue, car à sa compétence exclusive pour les affaires extérieures

[1] Les comices par centuries, qui avaient abdiqué en faveur de César le droit de paix et de guerre (Dion Cassius, XLII, 20), perdirent aussi, sous Auguste, leur droit de juridiction (Dion Cassius, LVI, 40). Ils conservèrent encore pendant près d'un siècle, mais dans une mesure restreinte, il est vrai, leurs attributions législatives, témoin les lois Visellia, Claudia, etc. (Ulpien, III, 5 ; Gaius, I, 157 et 171). Quant au droit d'élire les magistrats, il ne leur fut jamais enlevé législativement, et continua de subsister pour la forme pendant deux siècles (Cf. Dion Cassius, LVIII, 20), quoiqu'il fût devenu illusoire, au fond, depuis que l'empereur (pour les consuls) et le sénat (pour les autres magistrats) avaient pris l'habitude de ne présenter qu'un nombre de candidats égal à celui des fonctionnaires à élire : c'est à cette abolition de fait du pouvoir électif des comices que Tacite fait allusion lorsqu'il dit, *Ann.*, I, 16 : *E Campo comitia ad Patres translata sunt.*

et l'administration intérieure venait s'ajouter la juridiction suprême, ainsi que le droit de choisir les magistrats et d'adopter les lois dont l'élection ou le vote serait imposé aux comices. Mais, au fond, l'influence de l'empereur, soutenue par le dévouement de l'armée, qui ne devait plus obéir qu'à lui seul, paralysait singulièrement et la force et la liberté d'action du sénat. La nomination des sénateurs (*lectio senatus*), subordonnée seulement à certaines conditions d'âge et de cens, fut faite désormais par l'empereur, en vertu de son pouvoir censorial; il eut le droit d'initiative dans toutes les questions importantes, et sa volonté ne tarda pas à devenir une loi pour le sénat, qui n'osa plus faire usage de l'indépendance que la constitution lui reconnaissait encore; les affaires publiques ne furent plus discutées, en dernier lieu, que dans le conseil privé (*consilium principis* [1]), qui, après avoir été, à l'origine, une simple commission de sénateurs, ne fut plus composé, lorsqu'il devint l'unique dépositaire des secrets de l'Etat, que de membres étrangers au sénat, choisis par l'empereur dans son entourage intime (*amici et comites Augusti*).

Afin d'assurer l'établissement de la monarchie nouvelle, Auguste avait conservé toutes les formes de l'ancienne constitution : les magistratures de la république subsistèrent, en fait, comme le sénat et l'assemblée du peuple. Mais, tout en conservant leur éclat extérieur, elles perdirent toute influence et tout pouvoir : les empereurs ne se bornèrent point à concentrer sur leur tête la plupart des fonctions publiques; ils les dépouillèrent de toute espèce d'autorité, en les réduisant à n'être plus que de simples dignités, destinées à créer des distinctions hiérarchiques parmi les sénateurs, suivant qu'ils étaient des *consulares*, c'est-à-dire d'anciens consuls, des *prætorii*, des *ædilitii*, des *tribunitii* ou des *quæstorii*, et en abrégeant la durée des magistratures, de manière à satisfaire un plus grand nombre d'ambitions [2]. — Les fonctions ainsi retirées aux magistrats an-

[1] Ce *consilium principis*, dans lequel avaient été appelés des jurisconsultes dès le règne d'Hadrien (Spartien, *Hadr.*, 8, 18 et 22), devint à partir de Dioclétien le *consistorium principis*, dont il est fait mention si souvent dans les textes du droit romain.

[2] La *suffectio* des consuls, qui n'avait lieu autrefois que pour pourvoir aux cas de nécessité, devint un usage habituel et se renouvela régulière-

ciens furent exercées pour partie par des officiers impériaux, agissant sous la direction et le contrôle direct du chef de l'Etat; tel était le *præfectus urbi*, sorte de préfet de police [1], dont la juridiction s'étendait autour de Rome dans un rayon de cent milles [2] et qui avait sous ses ordres le *præfectus vigilum* et le *præfectus annonæ ;* tel était encore le *præfectus prætorio*, d'abord simple commandant des cohortes prétoriennes, puis véritable ministre de la guerre, qui finit par réunir en sa personne tous les pouvoirs du souverain, la juridiction suprême en matière civile et criminelle, le droit de rendre des édits ayant force de loi, l'administration financière et le gouvernement des provinces, et fut désormais choisi parmi les jurisconsultes plutôt que parmi les militaires [3]. — Quant à l'empereur, il concentrait directement entre ses mains la plénitude de la puissance publique, en affectant d'écarter, dans les formes, tout ce qui pouvait rappeler le pouvoir absolu [4]. Il eut le commandement général de l'armée, avec le titre d'*imperator ;* l'*imperium proconsulare*, qui lui conférait le droit de surveiller l'administration de toutes les provinces, même des provinces du sénat ; la *potestas tribunitia*, qui assurait l'inviolabilité de sa personne, et lui donnait le droit de convoquer le sénat et le peuple, ainsi que celui de s'opposer (*intercedere*) aux sénatus-consultes et aux plébiscites ; la *potestas censoria*, en vertu de laquelle il nommait les sénateurs ; la direction générale des affaires religieuses, qui lui appartenait en sa qualité de *pontifex maximus* et de membre de tous les colléges sacerdotaux [5], enfin, la puissance législative, comprenant

ment tous les deux mois (Dion Cassius, XLIII, 46). Le consulat perdit ainsi beaucoup en considération.

[1] Il importe de ne point confondre le *præfectus urbi* du régime impérial avec celui de la république, qui était choisi par les consuls (comme autrefois par les rois), pour les remplacer pendant le temps de leur absence seulement (Tacite, *Ann.*, VI, 11).

[2] Dans ce rayon étaient comprises les quatre *regiones suburbicariæ*, c'est-à-dire l'Etrurie, la Campanie, le Picenum et l'Ombrie (Cod. Théod., IX, 1, 13).

[3] On sait que Paul, Ulpien et Papinien furent préfets du prétoire.

[4] Ainsi, il évita de prendre le titre de consul ou de dictateur, et n'emprunta aux dignités de la république que le titre de *princeps senatus*, qui était purement honorifique.

[5] Dion Cassius, LIII, 17 ; Lampride, c. XII.

le droit de rendre des édits et d'adresser des rescrits ayant force de lois[1]. Tous ces pouvoirs étaient compris dans la puissance impériale, qui lui était déférée à vie par le sénat, et qui lui permettait, en dernier lieu, de se désigner un successeur.

Telles sont les questions capitales que l'on trouve approfondies dans la seconde partie du *Manuel*, qui est peut-être la plus complète et la plus intéressante de l'ouvrage.

III. La troisième partie comprend l'administration générale de l'Italie et des provinces, ainsi que l'organisation financière et militaire.

L'histoire de la situation administrative de l'Italie est examinée à trois époques. M. Marquardt expose d'abord la condition des différentes espèces de villes, municipes, colonies romaines ou latines, *civitates fœderatæ* et *præfecturæ*, pendant la première période (c'est-à-dire jusqu'à la loi Julia), ainsi que leurs relations entre elles, leur état de dépendance ou d'isopolitie, la concession du droit de cité (*civitas*) à différents degrés, par exemple *cum suffragio* ou *sine suffragio*, enfin l'étendue du droit de latinité (*jus Latii*). Pendant la seconde période (depuis la guerre sociale jusqu'à l'empire), il signale l'extension de l'Italie par l'annexion de la Gaule cisalpine, étudie les lois Julia et Rubria, et suit la transformation des municipes et des colonies, auxquels viennent s'ajouter les *fora*, les *vici*, les *pagi* et les *castella*. Enfin, pendant la troisième période (sous l'empire), il nous montre l'assimilation de l'Italie aux provinces et sa division en onze régions, dont il dresse le tableau, tandis qu'à l'institution des *consulares* par Hadrien succèdent celle des *juridici*, sous Marc-Aurèle, puis, sous Dioclétien, celle des *correctores*, véritables gouverneurs.

Puis vient un tableau statistique des provinces, dans lequel il indique successivement pour chacune d'elles : ses frontières; son état avant la domination romaine ; l'époque de la conquête et de la formation en province de ses diverses parties, question délicate et souvent controversée ; sa constitution (*formula*) ; le caractère de son administration ; la nature de ses fonctionnaires ; les changements introduits sous les empereurs dans sa

[1] Dion Cassius, LII, 15; LIV, 10; LVI, 38; Gaius, I, 5; Dig., I, 4, 1; I, 2, 2, §§ 11 et 12. — Cf. la *lex de imperio* de Vespasien.

situation physique ou administrative ; les subdivisions qu'elle a pu subir ; les principales villes qui y ont été fondées, municipes ou colonies [1] ; les grands travaux qui y ont été faits, etc. Il fait aussi mention de certains territoires qui n'étaient point constitués en provinces et se trouvaient, néanmoins, dans la dépendance des Romains, comme le royaume du Bosphore ou Chersonèse Tauride, comme la Judée et les parties de la Syrie abandonnées à des dynasties indigènes, lesquelles étaient chargées par la république de gouverner le pays et de lever les tributs pour elle, et étaient souvent protégées par des garnisons romaines [2].

Toutes ces questions sont traitées de main de maître pour la plupart des provinces, sans que l'on doive, toutefois, adopter toujours sans réserve les conclusions de M. Marquardt. Lui-même n'a point tardé à relever, dans un court opuscule [3], quelques erreurs qui s'étaient glissées dans cette partie du *Manuel*, et que l'érudition de Borghesi [4], ainsi que les savants travaux de MM. Léon Renier [5] Henzen [6], et Mommsen [7], lui ont permis de rectifier : c'est ainsi qu'au sujet de la province d'Achaïe il a retiré, en lisant une dissertation de M. le professeur Hermann [8], quelques interprétations qu'il avait hasardées, mais

[1] En général, les districts avaient des villes pour chefs-lieux, et chaque *civitas* avait, dans son territoire, un certain nombre de localités se rattachant à elle. Au contraire, la Pannonie était divisée en *pagi*, et la Mœsie en *regiones*, — districts ruraux dont l'absence complète de villes rendait la création nécessaire, et qui étaient, à leur tour, subdivisés en *vici* (Cf. Marini, *Atti*, II, p. 477 ; Gruter, *Inscr.*, p. 521. 7 ; p. 527.7 ; p. 572.5).

[2] Telle avait été, dans le principe, la condition de l'Illyrie, de la Macédoine et de plusieurs autres provinces.

[3] *Zur Statistik der rœmischen Provinzen*, ein Nachtrag zu Becker-Marquardt Handbuch der rœmischen Alterthümer, III, 1, Leipzick, 1854, in-4°.

[4] Dans ses *Decadi numismatiche*, ainsi que dans plusieurs dissertations publiées soit à part, soit dans les *Annali* ou le *Bullettino dell' Instituto archeologico di Roma*, ou dans le *Giornale Arcadico*.

[5] Dans la *Revue archéologique*.

[6] Dans le *Bullettino*, ou dans les *Jahrbücher des Vereins von Alterthumsfreunden im Rheinlande*.

[7] Dans ses *Epigraphische Analekten* (Berichte der kœniglichen saechsischen Gesellschaft der Wissenschaften, phil.-hist. Classe, 1852), et dans *Die Schriften der rœmischen Feldmesser*.

[8] *Defensio disputationis de Græciæ post captam Corinthum conditione*, Gœttingue, 1852, in-4°.

n'a cessé de discuter avec indépendance et fermeté, maintenant son opinion jusqu'au bout, toutes les fois qu'il la croyait préférable.

Le tableau statistique des provinces est suivi d'une étude sur l'administration provinciale, accompagnée de quelques recherches sur l'étymologie et les significations successives du mot *provincia*. En principe, la province était organisée par le général qui l'avait conquise, d'après les instructions que lui envoyait le sénat, et avec le concours d'une commission spéciale de dix sénateurs ; quelquefois, elle recevait même une loi fondamentale : telles furent la *lex Rupilia* pour la Sicile, la loi de Paul Émile pour la Macédoine, la *lex Pompeia* pour la Bithynie. On y distinguait un certain nombre de villes privilégiées : les *civitates liberæ et fœderatæ*, dont l'autonomie avait pour base un traité, et qui étaient exemptes des impôts ordinaires ; les *civitates liberæ*, qui conservaient leur indépendance communale en vertu d'une loi ou d'un sénatus-consulte ; les *civitates liberæ et immunes*, qui possédaient, outre l'autonomie, l'exemption des impôts généraux et le droit d'établir des contributions municipales. Tous ces priviléges, qui n'avaient été maintenus que pour faciliter la conquête, leur furent peu à peu enlevés. Il y avait enfin des villes de constitution romaine, telles que les municipes et les colonies de droit latin, qui servaient à *romaniser*, pour ainsi dire, les provinces, et différaient cependant, à plusieurs points de vue, des villes de l'Italie.

Cet ordre d'idées conduit l'auteur du *Manuel des Antiquités romaines* à examiner les avantages du *jus Italicum*, question fort controversée et sur laquelle il projette de la lumière, bien que ses conclusions puissent paraître quelquefois contestables.

Il examine ensuite la condition des cités soumises ou privées de leur autonomie, qui formaient la grande masse des villes dans les provinces, puis le degré d'indépendance municipale qui leur resta, et enfin les anciennes ligues communales antérieures à l'occupation des Romains, et que ceux-ci laissèrent subsister sous les noms de *communia*, de *concilia* et de κοινά [1].

On voit aussi apparaître le rôle du gouverneur et de ses fonc-

[1] Les délégués des villes se rassemblaient en une espèce de diète qui avait un but politique et religieux, par exemple l'envoi de députés à l'empereur sans l'intervention du gouverneur.

tionnaires, apprécié à trois périodes différentes. Dans le principe, on créa des préteurs particuliers pour les provinces : d'abord deux pour la Sicile et la Sardaigne, puis deux autres pour l'*Hispania citerior* et *ulterior* ; le nombre des préteurs se trouva ainsi porté à six, car il y en avait deux à Rome [1]. A partir de l'établissement des *quæstiones perpetuæ*, ces six préteurs restèrent à Rome et ne furent envoyés dans les provinces qu'après l'expiration de leurs fonctions ; ils portèrent le titre de propréteurs et, dans les pays non encore pacifiés, ceux de consuls ou de proconsuls : on distingua donc les provinces en prétoriennes et consulaires. Sous l'empire, les provinces étaient partagées entre l'empereur et le sénat [2] : les provinces impériales étaient celles qu'il était nécessaire d'occuper militairement ; elles étaient gouvernées par des *legati Augusti* [3], à l'exception de celles qu'il paraissait difficile de rendre romaines, et qui étaient administrées, comme domaines de l'empereur, par un *procurator*. Les provinces sénatoriales, au contraire, étaient celles dont la pacification avait été complète ; elles étaient gouvernées par des proconsuls [4]. M. Marquardt énumère les modifications que firent apporter à la répartition primitive des provinces entre l'empereur et le sénat les changements survenus dans l'esprit des populations, indique les attributions des fonctionnaires inférieurs, et expose les recours de droit accordés aux habitants contre l'oppression et les abus de pouvoir des agents du gouvernement central.

Arrivant ensuite à l'examen de la constitution des villes, il étudie successivement le système colonial et le système municipal, puis la condition des villes qui n'avaient pas une constitution romaine. La fondation des colonies et les assignations de terres présentent un caractère différent, suivant qu'on les considère avant les lois agraires de l'époque des Gracques, ou depuis la loi de Tiberius Gracchus jusqu'aux *leges Juliæ agrariæ*

[1] Le *prætor urbanus* et le *prætor peregrinus*.

[2] Ce partage avait été opéré par Auguste, en l'an 27 avant Jésus-Christ.

[3] Ces légats de l'empereur étaient *consulares* ou *prætorii*, suivant qu'il y avait dans la province plusieurs légions ou une seule.

[4] Aussi le *legatus proconsulis* n'était-il que le lieutenant du gouverneur, tandis que, dans les provinces de l'empereur, le *legatus Cæsaris* ou *Augusti* était le gouverneur lui-même.

d'Auguste ; puis vient avec Sylla et Auguste la période des colonies de vétérans, auxquelles succèdent les colonies militaires de l'empire, qui diffèrent à tant de points de vue des colonies proprement dites. A cette étude se rattache la connaissance des formes sacramentelles et des rites usités pour la fondation des colonies, tels que l'arpentage du territoire par les *agrimensores*, suivant les principes dictés par la science des augures. Quant au régime municipal, dont les colonies partageaient généralement, d'ailleurs, le bénéfice avec les municipes, il consacrait trois classes de pouvoirs publics : l'assemblée du peuple, à laquelle appartint pendant longtemps le double droit d'élire les fonctionnaires et de voter les lois locales ; les magistrats tels que les *duumviri jure dicundo* [1], les édiles, le *curator reipublicæ* [2], etc., auxquels était confiée l'administration communale ; le sénat (*curia* ou *ordo decurionum*), qui délibérait sur les questions d'intérêt local, rendait des décrets sur des objets d'utilité publique, etc. Le *Manuel* expose, à ce propos, le mode de nomination des décurions, la composition de l'*album*, la hiérarchie, les attributions du sénat ; et la section se termine par la discussion des graves questions relatives aux *Augustales*, et par quelques pages sur les villes qui avaient une constitution étrangère, notamment les villes grecques, et sur leurs magistrats, tels que les δεκάπρωτοι.

Les chapitres qui traitent du système financier et de l'organisation militaire s'écartent trop de l'objet ordinaire des travaux de la Revue pour qu'il me soit permis d'en présenter l'analyse ; quelques lignes suffiront pour indiquer l'esprit qui a présidé à leur rédaction. L'indication des poids et mesures usités à Rome et leur comparaison avec les mesures grecques, l'énumération des monnaies d'or, d'argent et de bronze dont se servaient les Romains, avec la mention de leur valeur aux différentes époques, la liste des hôtels des monnaies, les effets des lois restrictives du prêt à intérêt [3], qui ne réussirent point à prévenir

[1] MM. Zumpt et Henzen ont démontré que les opérations du cens étaient faites tous les cinq ans par les duumvirs eux-mêmes, qui ajoutaient à cette époque à leur titre celui de *quinquennales*.

[2] Ce magistrat, qui était chargé d'inspecter les finances municipales, n'était point élu par les habitants, mais nommé directement par l'empereur.

[3] On sait que le prêt à la grosse (*pecunia trajecticia*) était exempté de ces restrictions.

l'usure; l'importance des affaires d'argent et le rôle des banquiers (*argentarii*), ainsi que des changeurs (*nummularii*), tels sont les premiers objets de cette étude financière. Puis vient l'exposé de la fortune publique, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif : les principales dépenses étaient celles des travaux publics, les frais du culte, la solde de l'armée et les frais d'administration, qui augmentèrent sous l'empire avec la centralisation. Quant aux recettes, il faut distinguer trois époques : 1° avant l'an 167 avant Jésus-Christ, époque de la suppression du *tributum*, elles comprenaient les revenus des immeubles de l'État, l'impôt sur le sel, le tribut; 2° depuis l'an 167 jusqu'à la fin de la république, elles se composèrent des domaines provinciaux, des mines, des *stipendia* et *vectigalia* des provinces, des péages et droits de douanes, et des recettes extraordinaires, telles que le produit des amendes et des contributions de guerre imposées aux vaincus; 3° sous l'empire, les impôts directs et indirects devinrent très-nombreux; de grands changements avaient été introduits dans le régime financier par Auguste, qui avait établi, notamment, un recensement général. Ce chapitre se termine par un aperçu de l'administration des impôts, affermés à des publicains, qui furent surveillés, sous l'empire, par un personnel d'employés officiels.

L'organisation militaire du peuple romain est étudiée par M. Marquardt à quatre époques successives : avant Marius, de Marius à Auguste, d'Auguste à Hadrien, d'Hadrien à Constantin. Il expose la constitution intérieure de l'armée, tant des légions que des *socii* et des *auxilia;* puis le mode de recrutement et d'équipement, l'ordre de marche, de bataille et de campement, les grands principes de la tactique et de la castramétation, les noms et les rôles des divers officiers, les règles de l'avancement, les conditions d'un congé honorable (*honesta missio*), qui était attesté par un diplôme militaire; enfin les services dont devaient s'acquitter les soldats, les bases de la discipline, le système général des peines et des récompenses, et les cas dans lesquels étaient décernés l'ovation et le triomphe. Les flottes font l'objet d'une étude spéciale, et un appendice est consacré aux moyens d'attaque et de défense dans les siéges, aux pièces de guerre des assaillants et aux fortifications.

IV. L'archéologie religieuse, tel est le titre de la quatrième

partie, qui comprend d'abord un tableau historique, puis un examen approfondi des divers sacerdoces. L'histoire du culte des Romains se subdivise en quatre périodes : 1° *Sous les rois ;* il y avait à cette époque des divinités romaines et sabines ; M. Marquardt signale les caractères des croyances et des cérémonies, ainsi que la fusion des dieux des Ramnes et des Tities, puis des Luceres ; 2° *depuis la chute de la royauté jusqu'aux guerres puniques ;* il nous montre ici l'extension du cercle des dieux, la tolérance pour les cultes étrangers, l'adoption des divinités des villes conquises et les commencements de l'influence grecque, puis la réaction des changements politiques sur les institutions religieuses primitives ; le *jus sacrorum* avait été réservé aux patriciens, tandis que les plébéiens étaient exclus des *sacra publica ;* Tarquin le Superbe créa un centre religieux commun, le temple du Capitole ; enfin, l'introduction des livres sibyllins eut pour conséquence la naturalisation à Rome d'une foule de divinités gréco-asiatiques, et le besoin de leur demander conseil et assistance dans les temps de calamité fit naître bientôt une religion d'État ; 3° *depuis les guerres puniques jusqu'à la fin de la république ;* cette religion d'État déclina peu à peu, sous l'influence de la philosophie grecque, et spécialement des doctrines fort diverses des pythagoriciens, des stoïciens et des épicuriens ; les temples furent abandonnés et les dieux oubliés ; Rome fut envahie par l'athéisme et l'incrédulité ; 4° *sous l'empire ;* la monarchie universelle tendit à fonder une religion universelle : des cultes étrangers furent établis à Rome soit par l'État, comme celui de la *Mater magna*, soit malgré l'État, comme celui d'Isis ; on admit une foule de divinités de l'Asie et de l'Orient, dont les prêtres laissaient apercevoir des tendances monothéistes, et le culte des empereurs se répandit dans tout le monde romain. Cependant, la superstition et la foi aux oracles de la Grèce et de l'Orient, à la nécromancie, à la magie, faisaient de tristes progrès, jusqu'au moment où la victoire du christianisme balaya les erreurs et les faiblesses du paganisme expirant.

Quant à l'étude interne des institutions religieuses des Romains, elle commence, dans le *Manuel*, par la division générale des *sacra :* 1° *sacra privata* ou *gentilitia*, cultes particuliers, à l'exercice desquels se rattachaient certaines corporations (*collegia*,

sodalitates) ; 2° *sacra popularia*, cultes ayant un caractère local, comme ceux auxquels présidaient les *magistri pagorum* ou *vicorum* ; 3° *sacra publica populi Romani*, cultes consacrés par l'État. Entrant ensuite dans l'examen des détails, M. Marquardt traite successivement des *sodalitates*, des *curiones* et des grands colléges sacerdotaux. Les principales *sodalitates*, ou corporations religieuses, étaient les Luperci, les Sodales Titii, les Fratres Arvales, dont les actes nous ont été conservés, et les Sodales Augustales (à l'occasion desquels l'auteur donne des détails sur le culte d'Auguste et de ses successeurs). Les *curiones*, qui étaient les chefs des curies, exerçaient des fonctions sacerdotales dans les fêtes des *Fornacalia* et des *Fordicidia*. Enfin, les grands colléges étaient au nombre de quatre : 1° *le collége des pontifes*, préposé à la direction de la religion d'État et chargé de sanctionner, dans la sphère du droit privé, tout ce qui avait un caractère religieux (les rôles respectifs des pontifes, du *rex sacrorum*, des grands et petits flamines, sont étudiés par M. Marquardt dans les plus grands détails) ; 2° *le collége des VII viri epulones*, chargé du sacrifice dit *epulum Jovis in Capitolio* ; 3° *le collége des XV viri sacris faciundis*, institué pour conserver et interpréter les livres sibyllins, et affecté, en outre, au culte de certaines divinités ; 4° *le collége des augures*, qui appliquait la science des auspices. Aux quatre grands colléges on doit ajouter celui des aruspices, ainsi que ceux des Saliens et des Féciaux.

La fin du chapitre relatif au culte des Romains est consacrée à l'indication des lieux et des temps sacrés, c'est-à-dire des temples et des jours de fête (*feriæ*), aux détails du rite, prières et sacrifices, et, en dernier lieu, à l'étude des jeux publics et de tout ce qui s'y rattache, des jeux du cirque, des combats de l'amphithéâtre et des représentations scéniques.

Telles sont, reproduites à grands traits dans une analyse nécessairement fort incomplète, les grandes questions agitées dans les différents volumes du Manuel de MM. Becker et Marquardt. Elles embrassent tous les points de vue auxquels peut être envisagée la vie publique des Romains. Puisse ce résumé aride ne point donner au lecteur une idée trop imparfaite d'un ouvrage qui offre un si précieux secours pour l'étude des temps

anciens, et qui sera longtemps, pour le jurisconsulte comme pour l'historien, une mine féconde de renseignements.

GEORGES DUBOIS,
Docteur en droit,
substitut du procureur impérial à Dreux.

Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du cinquième au dixième siècle, par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE, première et deuxième partie. Paris, Durand, 1859, 1861, 2 forts volumes grand in-8°. 30 francs.

Dans un précédent article (inséré ci-dessus p. 126), en rendant compte du premier volume de cet important ouvrage, nous avons essayé de faire voir combien les deux premières sections, consacrées l'une au droit public, l'autre au droit privé, présentaient d'intérêt pour l'histoire de nos anciennes institutions. Nous avons signalé surtout la richesse des matériaux recueillis par l'auteur et groupés par lui dans la partie qui comprend les formules relatives au droit privé (*formulæ ad jus privatum spectantes*).

Voici maintenant, au commencement du second volume, une troisième section qui ne mérite pas moins de fixer l'attention. Elle embrasse les formules qui ont trait à l'ordre des jugements (*ad judiciorum ordinem*). On y trouve de précieux renseignements pour l'histoire de l'ordre judiciaire en France et pour l'étude de notre ancienne procédure.

On sait que les recueils de la législation romaine, le code Théodosien, le code Justinien, les Pandectes, contiennent de nombreuses dispositions sur la procédure civile et criminelle.

Le code Théodosien, promulgué en 438, renferme, dans son second livre, dix-huit titres qui se rattachent à la juridiction civile et aux formes de procéder devant elle. Quant à l'instruction criminelle, le titre premier du neuvième livre traite des accusations et des plaintes (*De accusationibus et inscriptionibus*).

Le code Justinien, liv. II et IX, les Pandectes, liv. II et XLVIII, offrent de leur côté des règles nombreuses pour la direction des procès civils et criminels.

Mais, après la chute de l'empire d'Occident, plusieurs siècles s'écoulent sans qu'il apparaisse aucun monument de législation

ou de jurisprudence qui concerne la marche suivie devant les tribunaux gallo-romains. C'est seulement à partir du douzième siècle que sont rédigés l'*Ordo judiciarius* de Ricard [1] et les traités de procédure de Pillius, de Tancrède et de Gratia [2]. Il y a donc pour ce long intervalle un vide considérable.

La troisième section du recueil de formules de M. de Rozière vient heureusement combler en partie cette lacune. Elle a pour rubrique :

FORMULÆ AD JUDICIORUM ORDINEM SPECTANTES.

Voici un rapide aperçu des six chapitres dont elle se compose.

CHAP. Ier. — *Suggestiones.*

Ce ne sont point ici des exploits de procédure proprement dits ; mais des actes qui sont, en quelque sorte, les préliminaires des instances judiciaires. Les formules 417 à 425 contiennent des requêtes, des suppliques ou pétitions, des réclamations ou plaintes adressées au roi, au comte du palais, aux évêques, aux abbés, aux comtes des villas, pour obtenir justice ou signaler des méfaits commis. On y implore la puissance souveraine contre des abus de pouvoir ; on y proteste contre des usurpations d'hérédité, contre des troubles causés à des églises protégées par le prince : on y réclame la restitution d'objets enlevés, de domaines envahis. Les formules 426 à 430 comprennent des intercessions, des recommandations émanées de puissants personnages et qui ont aussi pour objet le redressement de torts ou de griefs. Sans doute par elles-mêmes elles n'ont rien de juridique, mais elles se rattachent à la juridiction contentieuse,

[1] La bibliothèque de la ville de Douai a l'avantage de posséder deux traités manuscrits du jurisconsulte anglais Ricard, professeur à l'université d'Oxford. Le premier est intitulé : *Super decreto distinctiones;* nous avons donné l'analyse dans notre *Notice des manuscrits concernant la législation du moyen âge*, p. 41. Le second a pour titre : *Magistri Ricardi anglici ordo judiciarius.* Un savant jurisconsulte de Halle en Saxe, M. Charles Witte, l'a pour la première fois publié en entier en 1853 (Halle, in-4° de 82 pages).

[2] Voir l'édition publiée par M. Bergmann sous ce titre : *Pillii, Tancredi, Gratiæ libri de judiciorum ordine* (Gœttingue, 1842, in-4° de XXIV et 443 pages. — Voir aussi *Anecdota quæ processum civilem spectant*, par M. Wunderlich (Gœttingue, 1841, in-8°.)

puisqu'elles précèdent les poursuites. Avant que les tribunaux ne soient saisis, des personnes officieuses, des protecteurs bienveillants s'interposent pour que justice soit faite, pour que des choses retenues injustement soient immédiatement rendues, pour que des malfaiteurs soient réprimés.

Chap. II. — *Indiculi commonitorii.*

Dans les formules 431 à 436, on trouve des prescriptions ou des injonctions, transmises par le roi à des évêques, à des comtes ou à d'autres fonctionnaires pour leur commander de faire droits sur des réclamations ou des griefs. Le souverain y ordonne que de légitimes propriétaires indignement spoliés soient, conformément à la loi, remis en possession des biens qui leur appartiennent, que des méfaits soient réparés, que de mauvaises contestations aient un terme. La formule 437 contient un modèle de délégation, pour qu'il soit statué sur une affaire. De la formule 438 il résulte qu'un triple ajournement doit être donné au défendeur ou à l'inculpé, avant qu'il ne soit condamné par défaut ou par contumace. Mais, autant celui qui a de légitimes excuses peut être fondé à solliciter un délai, autant doit être déjouée la fraude des hommes pervers qui, par d'odieux subterfuges, retardent le jour de la justice et qui, par une coupable cupidité, s'efforcent de retenir ce qu'ils se sont illégalement approprié.

Chap. III. — *Inscriptiones.*

Ce chapitre, qui comprend les formules 439-441, a pour objet la forme des assignations. Celles-ci doivent être rédigées par écrit et dûment notifiées. Dans les premiers temps de la république romaine, le demandeur, saisissant son adversaire par le vêtement, l'entraînait sans délai devant le juge. Mais depuis longtemps, cette forme de procéder violente et précipitée avait été interdite. Il est de toute équité, disait Ulpien, que le demandeur produise sa demande pour que le défendeur sache s'il doit céder ou contester, et, dans ce dernier cas, pour qu'il puisse venir en justice, muni des pièces nécessaires à sa défense (Voir *Pandectes*, liv. II, titre XIII). Lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit, cette nécessité d'un libelle préalable est encore plus impérieuse. — Si un appel téméraire est dirigé contre une sentence, celui qui l'a

formé doit être condamné à payer les frais au quadruple. Dans toute accusation d'homicide, le plaignant, avant d'être écouté par les juges, doit se soumettre, s'il ne réussit pas dans sa preuve, à subir lui-même la peine qu'il veut faire infliger à son adversaire. Les formules 439 à 441 constatent l'application du code Théodosien et des lois romaines dans les provinces soumises à la domination des Francs.

Chap. IV. — *Judicia regum.*

Dans nos temps modernes, la séparation constitutionnelle des pouvoirs met obstacle à ce que les souverains eux-mêmes jugent et condamnent leurs sujets en matière civile ou criminelle. Il n'en est point ainsi aux époques anciennes ni même au moyen âge où l'administration de la justice est un des premiers devoirs de la royauté. Les formules 442 à 455 font voir comment les rois francs statuent et prononcent eux-mêmes. Des jugements qu'ils rendent, les uns sont contradictoires, les autres interviennent par défaut. Parmi leurs décisions, il en est qui déclarent et maintiennent l'ingénuité d'un individu et de ses enfants, qui confirment ou restituent la liberté de certaines personnes; d'autres ordonnent que des biens usurpés soient rendus.

Chap. V. — *Judicia missorum, comitum, etc.*

Ce chapitre composé de 48 formules (N^os^ 456 à 502), présente des actes de tous genres.

On peut y remarquer d'abord une distinction fondamentale entre le jugement proprement dit, *judicium,* dont le texte en bonne forme est rédigé par la juridiction qui l'a rendu, et la notice, *notitia*, qui se borne à constater, en présence de témoins, la décision qui est intervenue, et parfois l'exécution qui l'a suivie [1]. La formule du jugement se distingue, par conséquent, de celle de la notice. La première porte « Moi, comte un tel, homme illustre, lorsque je siégeais dans tel canton, en tel village, avec les juges et les rachimbourgs, en présence d'un peuple nom-

[1] Ducange, en son *Glossaire* (t. IV, p. 647), définit la *notitia* : « Instrumentum quod de re inter præsentes in re quâpiam gestâ, nec scripto mandatâ aut in chartas relatâ, ad hoc vocatis testibus, conficiebatur, ut præsentibus posterisque nota fieret.

breux pour rendre la justice, est venu par-devant nous un homme, nommé un tel, qui se plaignait contre un autre homme, nommé un tel, de ce qu'il lui avait enlevé ses propres objets à mauvais dessein, etc. » La notice, de son côté, porte en tête : « Qu'il soit notoire à tous présents et à venir, que tel comte tenant son plaid a prononcé tel ou tel jugement, etc. La différence est sensible.

Dans ce chapitre v, après deux notices relatives à des jugements rendus contre des défaillants (formules 456, 457), se déroule toute une série de jugements et de notices qui ont pour objet, soit des questions d'état, soit des questions de propriété, soit des affaires criminelles.

Parmi les actes relatifs à des questions d'état, on remarque :

La formule 458, *judicium evindicatum de colono ;*

La formule 459, *noticia de colonitio ;*

La formule 460, *noticia de mancipio, ante comitem in mallo publico cum scabinis ;*

La formule 472, *notitia de servo* (*evindicato in mallo publico civitatis*) ;

La formule 477, *notitia de servo* (*servitium denegante et illud recipere coacto, etc.*).

Au nombre des actes qui se rattachent à l'état des personnes, nous pouvons indiquer encore :

La formule 463 : Un individu poursuivi pour avoir enlevé des objets mobiliers d'un lieu de dépôt dont la clef lui avait été confiée, et se trouvant hors d'état d'en restituer la valeur, est astreint à se vouer à un service public pendant toute sa vie ;

La formule 464 : Un autre individu inculpé de s'être introduit par effraction dans un cellier ou un magasin de blé, et d'y avoir volé, ne peut nier son crime et s'oblige à le réparer. Mais, incapable de payer la somme due, il pose sur son cou, en guise de joug, le bras du réclamant, et par la chevelure de sa tête, s'engage à le servir comme esclave jusqu'à ce qu'il ait acquitté sa dette ;

La formule 465 : Un homme coupable de rapt et une femme sa complice, tous deux passibles de mort, donnent par composition leurs personnes en gage pendant cinq ans, pour réparation de leur crime.

Quant aux contestations qui intéressent la propriété, on peut citer :

La formule 461 : *Notitia de terra evindicata;*

La formule 473 : Un homme est assigné pour avoir, à mauvais dessein, envahi une vigne ; il est condamné à représenter son titre de propriété, sinon à déguerpir ;

La formule 474, concernant une revendication de choses enlevées (*de rebus ablatis*), laquelle est portée devant le comte, les juges et les rachimbourgs, selon la loi des Allemands ;

La formule 475, relative à des envahisseurs, contraints par le juge à rendre aux légitimes héritiers des possessions par eux occupées sans droit ;

La formule 478, comprenant une notice sur un alleu revendiqué sans fondement ;

La formule 484, concernant une pétition d'hérédité.

Dans l'exercice de la juridiction, les commissaires impériaux (*missi dominici*) ont aussi leur part. On les voit dans la formule 476, réformer, par ordre de l'empereur, la sentence d'un comte qui avait mal à propos condamné un homme, pour crime d'inceste, à perdre son alleu ou bien propre.

Souvent les jugements qui interviennent imposent à l'une ou à l'autre des parties l'obligation de prêter serment avec un nombre déterminé de co-jurants :

Ainsi, un individu accusé d'un meurtre, est acquitté, à la charge de jurer de son innocence avec douze personnes, dans le délai de quarante jours ;

Ainsi encore, un serment d'innocence doit être prêté par une femme accusée d'avoir préparé des plantes malfaisantes (*herbas maleficas temperasse*), et d'avoir donné à boire (*bibere dedisse*) un breuvage empoisonné ;

Dans une autre espèce où il s'agit d'un vol, le père de l'accusé est contraint à jurer de l'innocence de son fils.

Lorsqu'un serment est ainsi déféré par le juge, il est dressé procès-verbal de sa prestation ; et l'acte ou bref qui le constate (*breve sacramentale*) est remis à la partie intéressée.

Voici des formules de serments de ce genre :

Dans un procès où un terrain était revendiqué comme usurpé, le serment prêté par le détenteur est ainsi conçu :

« Par ce lieu saint, par le Dieu Très-Haut, par la vertu de tel saint ; — Sur l'action intentée par un tel contre moi, parce que j'aurais usurpé sa terre ou celle de sa femme, située dans tel canton et en tel endroit, — je jure que je n'ai jamais envahi ni soustrait par la force à leur pouvoir cette partie de terrain, mais que j'en suis resté investi pendant trente et un ans et plus, que je l'ai divisée après moi, et que, par la loi et la justice, j'ai plutôt droit de la posséder que d'avoir à la rendre à un tel ou à sa femme; que de ce chef, suivant qu'il a été jugé, je ne dois rien autre que ce serment légalement prêté par ce lieu saint, par le Dieu Très-Haut et par les vertus de tel saint. » (Voir formule 485).

Dans une autre affaire où un individu, dans le cas de légitime défense, a tué son agresseur, le serment prêté est formulé en ces termes :

« Par ce lieu saint, par la révérence de Dieu, je jure ce qui suit : — Pendant que je marchais paisiblement, cet homme, nommé un tel, m'a assailli à mauvais dessein dans tel endroit, m'a fait des meurtrissures, m'a porté des coups de poing, m'a attaqué avec intention de vol ou de guet-apens et a tenté de m'extorquer mes effets, ou de me les enlever à mauvais dessein. Dans cette tentative et dans cette rixe, suscitée par lui et par sa faute, je l'ai tué sur la place... » (Voir formule 491, § 2.)

Chap. VI. — *Securitates.*

Ce chapitre traite des garanties fournies ou à fournir par ceux dont on redoute, soit des poursuites, soit des représailles. Les formules 503 à 511, qu'il comprend, ne sont pas, à proprement parler, des actes juridiques. Elles ne se réfèrent à la matière des jugements que parce qu'elles ont pour but de prévenir ou d'assoupir, soit des contestations, soit des plaintes en justice.

La formule 506, contenant un acte de sécurité de ce genre, intervient sur une plainte formée contre un individu accusé d'avoir, par effraction, pénétré dans la maison d'un autre, et d'y avoir pris des objets. Cet acte est ainsi conçu :

« Il est constaté que tel homme, nommé un tel, a, dans ces derniers temps, interpellé un autre homme, en prétendant que celui-ci avait brisé sa maison. Par suite, lui-même eut à affirmer ce fait avec tant d'hommes dans la basilique de tel saint. Mais des prud'hommes, se portant médiateurs, ont cru devoir les réconcilier. Moi-même (*c'est le plaignant qui parle*) j'ai reconnu que je ne l'ai aucunement trouvé coupable de ce chef. Il a été convenu que je devais l'attester de ma propre main, ce que j'ai fait. J'ai donc promis que jamais, en aucun temps, je n'aurais à exercer contre toi aucune plainte ni réclamation, et qu'à l'avenir tu resterais en

paix et en sécurité. Mais s'il arrivait que moi ou tout autre voulût s'élever là contre, il y aurait à payer tant de sous de composition. — Que cette lettre signée de ma main demeure ferme à toujours. »

On voit par ces citations que les formules, plus explicites que les dispositions législatives, et, par conséquent, plus saisissantes, ont pour avantage de mettre, en quelque sorte, les personnages en action, de les produire sur la scène, et de nous faire assister au drame judiciaire.

Reportons-nous, par exemple, au sixième siècle, dans la cité d'Angers. Au moyen des formules, trouvons-nous à l'audience qui est tenue; voyons quelles affaires y sont jugées, quels jugements y sont rendus.

Voici, d'abord, une question d'état :

Il s'agit d'un individu réclamé comme esclave, et qui prétend être libre. Ecoutons la formule :

« Un homme, nommé un tel, se présentant devant l'homme vénérable, l'abbé un tel [1], ou devant les hommes vénérables et magnifiques, dont les noms sont insérés ci-dessous, interpellait un individu nommé un tel, disant qu'il lui devait le service (à titre d'esclave). Celui-ci était présent et niait fortement qu'il lui eût jamais rendu le service. Il fut interrogé sur sa parenté paternelle (*de suâ agnatione*), et on lui demanda si d'autres personnes de sa famille, oui ou non, avaient dû le service. Il répondit qu'il ne devait pas le service, que lui-même ne le devait ni par son origine, ni par achat, comme on le prétendait, et qu'aucun autre homme de sa parenté n'y était soumis. Il fut jugé par l'abbé, ou par ceux qui siégeaient en justice, que le défendeur avec douze hommes devrait dans tant de nuits jurer, lui treizième, dans la basilique de tel saint, que depuis trente ans ou plus il n'avait jamais dû le service. Que s'il pouvait le faire il devrait être libéré de cette poursuite; et que s'il ne le pouvait, il devrait donner satisfaction.

Lorsque cette décision a été exécutée, et que le serment ordonné a été prêté, la *notice* que voici est ajoutée au jugement qui précède :

Notice de serment constatant comment et en présence de qui un tel,

[1] Bien que les abbayes de Saint-Aubin et de Saint-Serge (de l'ordre de saint Benoît) aient été fondées, dit-on, vers 534 par le roi Childebert, et qu'il ne soit point impossible que le titre d'*abbé* (mot qui signifie *père*) soit ici donné au chef de l'un ou de l'autre de ces monastères, il est plus vraisemblable que l'abbé dont il est ici question désigne le chef de la congrégation des clercs attachée à la cathédrale. Ce personnage, siégeant dans la curie, y remplaçait probablement l'évêque.

avec tant d'hommes ingénus, est monté devant l'autel de tel saint dans la cité d'Angers, à raison de ce que tel homme, nommé un tel, réclamait de lui le service, au lieu et place de son père et de sa mère. Suivant ce qui a été jugé, le défendeur a juré comme il suit : Par ce lieu saint, et par les divins mystères qui sont célébrés ici, j'ai vécu dans la condition d'ingénu depuis trente ans et plus. Je n'ai pas dû et je ne dois pas le service mentionné plus haut...

Voici maintenant une question de propriété. Un individu en assigne un autre pour avoir anticipé sur son domaine, et creusé un fossé sur sa terre. Voyons ce que porte la formule :

Un tel venant dans la cité d'Angers devant tel délégué, ou devant tels autres qui siégeaient avec lui, interpellait un homme nommé un tel, disant qu'il avait creusé un fossé sur sa terre dans tel endroit de tel domaine, situé en face de tel autre. Cet homme a répondu que s'il avait fait un fossé, c'était sur sa propre terre, et qu'il n'avait jamais creusé sur la terre du réclamant. Les hommes magnifiques ont décidé que dans tant de nuits avec tant d'hommes de ses voisins, demeurant alentour sur le même territoire, il jurerait, lui quatrième, dans la basilique de tel saint, et se justifierait de n'avoir jamais à mauvais dessein creusé sur ladite terre; que s'il pouvait le faire, il demeurerait quitte et en paix, et que s'il ne le pouvait, il devrait donner satisfaction.

Assistons actuellement à un autre procès; il s'agit d'un individu qui réclame sur des vignes un droit de location, à titre de colon partiaire. La formule s'exprime ainsi :

Un tel se présentant devant tel abbé, ou autre personne qui siégeait avec lui, interpellait un homme nommé un tel, disant qu'il lui avait donné en *parcère* des vignes qu'il avait possédées autrefois, et réclamait, ainsi qu'il l'articulait, lesdites vignes pour les avoir à parcère. Le défendeur fut interrogé sur le point de savoir si ces vignes avaient été ou non en sa possession ; mais celui-ci répondit qu'il n'avait jamais fait avec lui la convention dont il parlait. L'abbé a décidé que celui qui niait avoir jamais fait cette convention devrait, avec tant d'hommes, dans la basilique de tel saint, se justifier de n'avoir jamais passé cette convention ; que s'il pouvait le faire, il devrait lui être payé telle somme qu'il devrait accepter; que s'il ne pouvait le faire, il devrait donner satisfaction.

Voici, à son tour, une autre contestation qui concerne des objets mobiliers, confiés par une femme à un homme jadis à son service; la formule est conçue en ces termes :

Un homme, nommé un tel, venant avec une femme nommée une telle, jadis l'épouse de feu son frère, devant l'homme vénérable, l'abbé un tel, interpellait un homme, nommé un tel, qui avait jadis été au service du

défunt, disant qu'il avait reçu à titre de dépôt tels objets. Celui-ci était présent et niait le tout énergiquement. On s'enquit du demandeur s'il avait des témoins qui auraient été présents lorsqu'on avait confié les objets réclamés. Il fut jugé par l'abbé ou par ceux qui étaient avec lui que, dans tant de nuits, le réclamant produirait tant d'hommes dignes de foi, ses voisins d'alentour, qui auraient été présents et qui auraient pu voir lorsque les effets auraient été confiés; et qu'il ferait serment avec eux dans la basilique de tel saint; que s'il pouvait le faire, le défendeur serait tenu de lui donner satisfaction, et que dans le cas contraire, celui-ci serait à toujours renvoyé quitte et libéré de cette poursuite.

A cette affaire en succède une autre beaucoup plus grave; il s'agit d'un homicide. Voici la teneur de la formule :

Devant tel homme illustre, le comte un tel, et devant les autres rachimbourgs qui siégeaient avec lui, dont les noms sont indiqués ci-après par leurs suscriptions et leurs signes, un tel et son frère se présentant dans la cité d'Angers, interpellaient un homme, nommé un tel. Ils disaient quand et comment celui-ci, dans ces derniers temps, avait tué leur père. On demanda à l'inculpé ce qu'il avait à répondre à cette accusation, mais il niait fortement sur le tout. Comme le réclamant et son frère maintenaient leur articulation, les juges décidèrent que dans les quarante jours à échoir aux calendes de tel mois, l'inculpé avec douze hommes de son voisinage et de sa condition serait tenu, lui treizième, de jurer, dans la principale église du lieu, qu'il n'avait jamais consenti à la mort de l'homme susdit, qu'il ne l'avait pas tué, qu'il n'avait jamais été ni coupable, ni complice de cette mort; que s'il pouvait le faire, il serait toute sa vie quitte et libéré de cette accusation; que s'il ne le pouvait, il devrait donner satisfaction, ainsi que le porte la loi.

Lorsqu'en vertu de ce jugement, le serment a été accompli, le greffier rédige la notice que voici :

Notice du serment constatant comment et en présence de quelle personne, au jour des calendes de mars, un homme nommé un tel s'est rendu dans la cité d'Angers, dans l'église principale du lieu, et là, accompagné de douze hommes, ainsi que le porte le jugement, a, lui treizième, juré comme il suit : Par ce lieu saint et par tous les divins patronages des saints qui reposent ici, sur l'imputation qui m'a été faite par cet homme et par son frère d'avoir tué ou fait tuer leur père, je jure que je ne l'ai tué ni fait tuer; que je n'ai jamais été ni coupable, ni complice de sa mort, que je ne dois rien à ce sujet, si ce n'est ce serment digne de foi.

SECTION IV. — FORMULÆ AD JUS CANONICUM SPECTANTES.

A une époque où les institutions religieuses se lient si étroitement aux institutions sociales, à côté du droit civil vient naturellement se placer le droit canonique.

Quoique de nombreux matériaux aient déjà été rassemblés sur ce grave sujet, la mine abondante qu'ils offrent à l'historien s'enrichit ici encore des curieux documents recueillis par M. de Rozière.

La quatrième section de son recueil, consacré au droit ecclésiastique, comprend douze rubriques ou chapitres. Les formules qu'elle embrasse traitent successivement de l'élection des évêques, de leur sacre, de la tenue des conciles, de la juridiction des évêques, des serments prêtés dans les synodes, des excommunications, de l'investiture des chanoines, de la discipline des clercs, de l'institution des prêtres, des vœux et des promesses des moines, des moines fugitifs ou expulsés, de la fondation et de l'immunité des églises (V. Form. 512 à 578).

Chapitre Ier. — *Episcoporum electio.*

Lors de l'invasion des Gaules par les barbares au cinquième siècle, et de la chute de la domination romaine, les habitants des villes sont portés naturellement à se grouper autour de l'évêque, qu'ils considèrent comme leur protecteur. Le prélat, en effet, est à la fois pour eux un chef et un père ; investi de la confiance illimitée de ses concitoyens, fort de l'ascendant que lui assurent son caractère sacré, sa supériorité intellectuelle et ses vertus éminentes ; c'est autour de lui que se concentrent les intérêts, les affections des populations chrétiennes ; c'est lui qui représente la cité, qui en est le premier magistrat, qui la protége par son énergie morale contre les tyrannies intérieures et contre les agressions des barbares. C'est alors que prend naissance le régime municipal ecclésiastique, et qu'il se substitue à l'ancien système des municipalités romaines. Les cités qui avaient une curie ont toutes leur évêque. Le district romain est remplacé par le diocèse, et les formes électorales qu'on employait au choix du défenseur de la cité, s'appliquent à peu près à la nomination du pasteur spirituel.

C'est surtout dans une élection régulière que le pouvoir des évêques puise sa plus grande force, et c'est au libre suffrage du clergé et du peuple qu'ils doivent l'influence dont ils jouissent. « Que ceux, dit le pape saint Léon, qui doivent présider à l'Eglise soient choisis (*postulentur*) au milieu de la paix et du bon

ordre, qu'on s'attache à la déclaration des clercs, au témoignage des *honorés*, au consentement de la curie et du peuple; *que celui qui doit commander à tous, soit élu par tous.*

« La faculté, ainsi accordée au peuple, de concourir à l'élection des évêques, dit Raynouard, et de se donner des chefs ecclésiastiques de son choix, est le plus beau et le plus noble, le plus cher et le plus utile des droits municipaux (*Histoire du droit municipal*, t. I, p. 144).

Les formules 512 à 516 qui figurent, ici en tête de ce chapitre, ont successivement pour objet :

1° L'élection de l'évêque par le clergé et le peuple de la ville soit métropolitaine, soit épiscopale ;

2° Une adresse au roi pour le prier de confirmer l'élection ;

3° La confirmation épiscopale par le roi ;

4° Une adresse aux prélats de la province ecclésiastique pour les prier de consacrer le nouvel élu.

La première de ces formules (n° 512) indique de quels éléments se compose le corps électoral. Il comprend le clergé, l'ordre de la curie et le peuple, *clerus, ordo et plebs.* En général, c'est le clergé qui prend l'initiative et qui propose le candidat. Une part légitime d'influence appartient aussi à l'ordre de la curie qui, quoiqu'il ne soit plus exclusivement formé de propriétaires de vingt-cinq arpents, compte toujours les citoyens les plus notables. A sa tête prennent place les *honorés*, c'est-à-dire ceux des curiales qui sont ou ont été revêtus des *honneurs* municipaux. Quant au commun peuple, *plebs*, il se borne, en général, à adopter le candidat, ou, s'il y en a plusieurs, à prendre parti pour l'un ou pour l'autre. En principe, cependant, ce sont tous les citoyens sans distinction qui nomment, et l'élection est réputée l'œuvre du suffrage universel. Les votes individuels sont émis, non par la voie du scrutin, mais par division (*per secessionem*), c'est-à-dire que ceux qui veulent d'un candidat se rangent séparément d'un côté ou d'un autre.

Quand l'élection est faite, une supplique ou cédule (*scedula*) est adressée au roi pour soumettre à son approbation le choix qui est intervenu [1].

[1] « Nos siquidem fideles servientes vestri de civitate illâ, unà cum consensu totius cleri, vestræ serenitatis largitati suffragantes, hanc ad vos deprecatoriam direximus scedulam. » (Form. 515.)

A la suite de cette pétition, le roi fait connaître son intention, et transmet au prélat son acte de nomination :

« Par la présente charte, y est-il dit, nous ordonnons que telle cité, ses affaires ecclésiastiques et son clergé soient soumis à votre autorité et à votre direction; que vous-même gardiez à notre gouvernement une foi inviolable; que suivant l'institution canonique, vous ayez soin de discipliner par les exhortations d'une prédication assidue le peuple qui vous est confié, que vous vous appliquiez à le tenir en respect, non moins par la piété que par la sévérité; que vous veilliez avec autant de sollicitude que de charité aux besoins des pauvres et aux nécessités des indigents, etc. » (Voir formule 515.)

Lorsque l'acte de la nomination royale est arrivé, une demande est transmise au métropolitain et aux évêques de la province ecclésiastique, pour qu'il daigne consacrer le nouvel élu. (Formule 514.)

Quand les règles du droit canonique sont exactement observées, c'est dans les formes qui viennent d'être indiquées que s'accomplit la nomination des prélats.

Mais le principe de libre élection, quoique toujours reconnu en théorie, n'est que trop souvent enfreint dans la pratique. Fréquemment il arrive que le roi nomme directement un évêque et délègue immédiatement à tel autre prélat le soin de le sacrer.

Les formules 517 et 518 constatent l'existence et l'application de ces modes de procéder.

« Informé, dit le roi, dans la formule 517, que le seigneur un tel, de sainte mémoire, évêque de telle cité, était sorti de ce monde par l'évocation divine, apportant au choix de son successeur toutes les sollicitudes convenables, nous avons, de concert avec les évêques ou nos grands (*vel proceribus nostris*) résolu de conférer au nom du Seigneur à tel homme illustre (ou vénérable) la dignité pontificale de telle cité. »

La formule 518 contient l'ordre du roi pour le sacre immédiat de l'évêque nommé par lui. L'injonction royale doit être exécutée sans obstacle et sans délai. « Votre féconde activité, dit le monarque, doit se produire de manière à déployer sans retard votre dévouement à notre volonté [1]. »

[1] « Agat almitas vestra ut nostræ voluntati devotionem incunctanter debeatis implere.

Sous les Carolingiens cet abus ne cesse pas. Les capitulaires, il est vrai, continuent de sanctionner en droit la faculté de libre élection qui doit appartenir au clergé et au peuple. Mais en fait, on voit intervenir souvent des nominations directes dues à des protections de palais. L'empereur et ses ministres montrent peu de respect pour la prérogative électorale des fidèles et ne prennent nul souci des vœux des populations qu'ils ne consultent pas.

Sous Louis le Débonnaire cependant le principe de la liberté des élections est de nouveau proclamé, et du temps de Charles le Chauve, le célèbre métropolitain de Reims, Hincmar, semble mettre sa gloire à en assurer l'exercice.

Pendant le règne de ces princes, et plus encore de leurs successeurs, l'affaiblissement du pouvoir central, la prépondérance toujours croissante du haut clergé, rendent nécessairement aux cités épiscopales plus d'indépendance dans leurs mouvements, plus de liberté d'action. Quelques formules prouvent toutefois que le gouvernement royal aime à dominer les élections.

Ainsi, dans la formule 520, on voit le souverain concéder à telle cité la faculté d'élire, mais à condition que les suffrages porteront sur un candidat entièrement digne, que le choix sera agréé par le roi, qui, dans la plénitude de la science à lui concédée par Dieu, se réserve de nommer une autre personne.

« Le vénérable prélat de telle église, dit le prince, a suggéré à notre sérénité que les chanoines, les autres clercs et tout le peuple de ce diocèse étaient excessivement préoccupés et inquiets de savoir qui serait nommé évêque, et de quelle nation il serait, craignant surtout, si l'on mettait à leur tête un étranger inconnu d'eux et qui ne les connaîtrait pas, ou qui fût seulement d'une autre langue et de mœurs différentes, qu'il ne pût nullement leur convenir.

Ces prélats qu'on envoyait ainsi de loin et qui ne connaissaient ni l'idiome, ni le caractère de leurs diocésains, étaient, en général, fort mal vus des populations. De là ensuite, de la part de celle-ci, une antipathie et des répugnances qui allaient parfois jusqu'à la révolte.

Ainsi, à plusieurs reprises, on voit à Cambrai le châtelain se coaliser avec les seigneurs du pays pour combattre la suprématie d'un évêque germain, nommé directement par le roi d'Allemagne, et complétement étranger à la langue, aux mœurs

et aux usages de son diocèse. Parfois aussi, on voit le châtelain prendre parti pour les bourgeois et organiser avec eux la résistance [1].

L'évêque délégué par le roi pour diriger l'élection adresse aux fidèles de la cité une proclamation, parfois très-développée, ainsi que le prouve la formule 521.

« Nous faisons savoir, y est-il dit, à tous les fidèles qui habitent ce diocèse que nous avons été envoyé ici pour vous instruire de la faculté qui vous est concédée par l'empereur d'élire parmi vous un évêque..... La prudence impériale vous prescrit de nommer un homme élu de Dieu et approuvé de tous, qui soit profitable à tous dans l'église de Dieu. Nous avons l'ordre de signaler à votre piété de quelles vertus, de quelles qualités doit être orné, de quels vices, de quels défauts doit être exempt celui qui désire arriver à un tel honneur..... Viennent ensuite des instructions qui ne remplissent pas moins de six pages).

Chapitre II. — *Episcoporum benedictio.*

La nomination de l'évêque, soit par les fidèles, soit par le roi, est bientôt suivie de la cérémonie de son sacre.

La formule 22 contient une convocation faite par le métropolitain pour la consécration du nouvel évêque. Elle est adressée à tous les prêtres, diacres, *honorés*, clercs et *possesseurs*, et à tout le peuple du diocèse.

La formule 523 donne une idée du cérémonial du sacre :

Le jour de l'ordination de l'évêque, on sonne les cloches de très-grand matin et on chante prime. On se rend ensuite à la salle du chapitre. Là, le doyen, l'archidiacre, le chantre et le chancelier, suivant l'usage pratiqué dans les grandes fêtes, désignent ceux qui doivent officier, c'est-à-dire deux acolytes avec des encensoirs, deux sous-diacres avec des croix, sept acolytes avec des candélabres et des cierges, sept sous-diacres avec les livres des évangiles, sept diacres avec les saintes reliques, douze prêtres vêtus de chasubles, un acolyte vêtu d'une aube portant le vase d'or qui contient le saint chrême.

[1] La commune, qu'instituent les habitants de Cambrai contre le prélat étranger, participe, dans ce cas, autant de l'antagonisme de race contre un chef germanique que de l'insubordination des bourgeois de la cité à l'égard de leur évêque. Ce caractère de la commune de Cambrai, établie par les bourgeois wallons contre un prélat germain imposé par l'étranger, a été jusqu'ici entièrement laissé dans l'ombre.

La tierce est sonnée à l'heure ordinaire. Dans l'intervalle, le seigneur archevêque se pare de ses sandales et de tous ses ornements jusqu'à sa dalmatique. Il revêt alors la chape et, tenant en main le bâton pastoral, il sort de la sacristie. Tous les évêques, également parés, s'avancent de même. Le nouvel élu ne porte point encore de sandales ; il est seulement vêtu d'une aube, d'une étole et d'une chape, et ne porte pas le bâton, qui est posé sur l'autel avec l'anneau, jusqu'à ce qu'il les reçoive de la main de l'archevêque. Arrivés dans le chœur, les prélats prennent séance ainsi qu'il suit : le métropolitain siége le dos tourné vers l'autel ; sous ses yeux sont rangés les sièges des autres évêques ; celui du nouvel élu est placé au milieu, mais non contre le grand autel. (Viennent ici les formalités du sacre.) La grand'messe est chantée. Après la post-communion, on bénit successivement les mains et le pouce du récipiendaire, son bâton pastoral et son anneau.

Chapitre III. — *Concilia.*

Le chapitre III relatif à la tenue des conciles comprend la formule 528.

Cette formule retrace l'ouverture d'une assemblée solennelle de ce genre. Les évêques et les abbés se revêtent dans la sacristie, l'archidiacre porte une dalmatique, le sous-diacre une tunique ; les autres prêtres une aube. Deux d'entre eux, qui doivent chanter la litanie, se vêtent de chapes. Ils s'avancent ainsi jusqu'à l'autel, devant lequel s'agenouillent les évêques. Après des chants et des oraisons, tous se lèvent, et tous avec la crainte de Dieu (*cum omni timore Dei*), tant évêques que prêtres, prennent séance. Alors le pontife qui préside leur adresse un discours, où il signale les objets qui doivent être traités. Puis l'archidiacre, tenant en main un recueil de canons, lit, par ordre de l'archevêque, ceux des canons qui ont trait à la tenue des conciles. La profession de foi catholique est ensuite renouvelée, Après quoi les délibérations commencent.

Chapitre IV. — *Episcoporum juridictio.*

Les formules 529 à 535 traitent de la juridiction des évêques. Au moyen âge la plupart des prélats sont en même temps chefs des municipalités, seigneurs féodaux et pasteurs spirituels. C'est uniquement en cette dernière qualité qu'ils sont envisagés ici. Chargés de la conduite de leurs ouailles, tout ce qui se rattache au gouvernement du diocèse leur appartient essentiellement.

Soit par eux-mêmes, soit par leurs archidiacres, ils règlent tout ce qui concerne l'ordonnance du culte et sa direction. Les questions qui intéressent l'administration des sacrements, et qui regardent le baptême, la communion, la pénitence, l'extrême-onction et le mariage sont principalement de leur ressort. Ils ont, de plus, dans leurs attributions exclusives, la confirmation des fidèles, l'ordination des prêtres, la nomination aux fonctions sacerdotales. Ils veillent à la conservation de la foi, au maintien de la discipline, déterminent les circonscriptions des paroisses, et autorisent l'érection des églises.

CHAPITRE V. — *Juramenta in synodo præstita.*

Les synodes tenus par les évêques sont en même temps des assemblées ecclésiastiques et des cours spirituelles. Les fidèles les plus probes désignés pour être entendus comme témoins dans les enquêtes prêtent serment devant elles. On y reçoit le serment des pécheurs convertis, qui jurent de s'abstenir désormais de fornication et d'adultère, ainsi que la promesse des époux divisés qui se réconcilient et se garantissent pour l'avenir une inviolable fidélité. Les individus accusés d'un méfait ou d'un crime se purgent par serment de l'accusation dirigée contre eux (Voir les formules 536-543).

CHAPITRE VI. — *Excommunicationes.*

Les formules 544 à 548 fournissent le texte de ces excommunications si redoutées au moyen âge, de ces anathèmes si terribles, qui entraînaient une sorte de mort civile, et sous lesquels se courbaient les coupables les plus endurcis.

CHAPITRE VII. — *De jurejurando canonizandorum.*

Sous cette rubrique, qui ne comprend qu'une seule formule (n° 549), est reproduit le serment que les chanoines doivent prêter au moment de leur investiture.

CHAPITRE VIII. — *De clericatu.*

Ce chapitre, concernant la cléricature, se compose d'une formule unique (n° 550) qui a pour objet de déclarer l'ap-

titude à être admis dans les ordres sacrés. L'ingénu entièrement libre de ses actions, qui n'est inscrit sur aucun registre de servage, reçoit l'autorisation de se couper la chevelure, et de se vouer au service d'une basilique ou d'un monastère.

Chapitre IX. — *Presbyterorum institutio.*

Les formules 551 à 554 ont trait à l'institution des prêtres. Ce sont des suppliques adressées à des archidiacres pour qu'ils daignent pourvoir aux besoins religieux de telle ou telle église, en nommant pour la desservir un prêtre ou un diacre. Ce sont encore des actes émanés des archidiacres qui confient à tel ou tel ecclésiastique, soit les fonctions d'archiprêtre, soit le service d'une église paroissiale.

Chapitre X. — *Monachorum petitiones et promissiones.*

Ce chapitre contient les formules 555 à 559, qui, quoique peu nombreuses, sont d'un usage si fréquent au moyen âge. La formule 555 relate d'abord (§ 1) l'acte de profession religieuse d'un moine. Le § 2 reproduit le serment qu'il prête devant Dieu et ses saints : « Je promets ma persévérance, la communauté de la vie, et l'obéissance selon la règle de saint Benoît [1] », Dans la formule 556, on lit une demande adressée au chef d'un monastère, afin d'être admis dans la communauté, et d'y passer le reste de sa vie sous la règle de saint Benoît. Les formules 557 et 558 sont des modèles de profession ou de vœux. La formule 559 est un acte par lequel des parents vouent un enfant à la vie religieuse, et l'attachent à toujours au service des autels.

Chapitre XI. — *De monachis fugitivis aut pulsis.*

Cette matière (comprise dans le chapitre XI) fait l'objet des formules 560-563. Dans la formule 560, *indiculum pro monacho qui fugerit de monasterio*, un abbé s'adresse à un autre abbé afin que si tel moine fugitif se présente à son monastère, il ne l'accueille pas, et le renvoie pour faire pénitence à l'abbaye qu'il a

[1] « Ego ille promitto stabilitatem meam et conversationem morum et « obedientiam secundùm regulam sancti Benedicti coràm Deo et sanctis « suis. »

quittée. Dans la formule 561, les religieux d'un monastère écrivent à leurs frères d'une autre communauté pour que ceux-ci, touchés du repentir d'un moine sorti de leur bercail, veuillent bien l'y laisser revenir et l'admettre de nouveau parmi eux.

CHAPITRE XII. — *Ecclesiarum fundationes et immunitates.*

Des seize formules qu'embrasse cette rubrique, les neuf premières concernent l'érection et la dotation des basiliques ou des églises, la possession et la confirmation de leurs biens, la fondation des monastères, des congrégations de chanoines, ou d'autres maisons religieuses. Les sept dernières formules ont pour objet des concessions de priviléges et d'immunités, des demandes présentées au roi afin de les obtenir, une supplique adressée par les frères d'une communauté aux religieux d'une autre maison afin que, par l'intercession de leurs prières, ils obtiennent du roi les renouvellements qu'ils espèrent d'une autorisation déjà obtenue, mais égarée.

SECTION V. — FORMULÆ AD RITUS ECCLESIASTICOS SPECTANTES.

Par une transition toute naturelle, M. de Rozière passe du droit canonique aux rites ecclésiastiques.

Cette section, d'un haut intérêt comme les précédentes, embrasse des matières qui, sans doute, semblent plus spécialement concerner le clergé, mais qui, en même temps, réagissent puissamment sur la vie civile. Au moyen âge, l'Eglise se lie si intimement à l'état social, qu'il est presque impossible que les pratiques ou les usages dont elle se sert n'étendent pas aussi leur influence sur la conduite des laïques.

A partir de la formule 579, on voit sous des rubriques différentes se dérouler tour à tour les actes qui concernent :

L'ordre de la Pénitence, *ordo pœnitentiæ* (formules 597-580).

Les modes de preuves, *probationum ritus*, admis par l'Eglise, c'est-à-dire le jugement par l'eau froide (form. 581-594) ; l'épreuve par le fer rouge, 595-606 ; l'épreuve par l'eau bouillante, 607-613 ; l'épreuve par le pain et le fromage, 614-623 ; le jugement par le psautier et par la mesure, 624-625.

Les exorcismes contre les énergumènes et contre les maléfices, 626-632 ;

Les mandements (*indicta*), royaux ou autres, pour les jeûnes publics, 633-636 ;

Les eulogies ou lettres de visitation pour la célébration des grandes fêtes, 637-642 ;

Les lettres formées ou *dimissoires*, formules d'*exeat* portant permission donnée par un évêque à un ecclésiastique son subordonné d'aller dans un autre diocèse remplir les fonctions de son ministère, 643-663 ;

Les lettres communicatoires, *litteræ communicatoriæ*, ou lettres de recommandation, 664-665 ;

Les lettres pénitentielles, remises à des pèlerins ou à d'autres personnes qui vont accomplir une pénitence, 666-676 ;

Les annonces de décès, *brevia mortuorum*, afin d'inviter à dire des prières pour un ou plusieurs défunts.

SECTION VI. — EPISTOLÆ.

Cette sixième section comprend des formules de lettres de tous genres ; elle renferme :

Des lettres qui regardent les affaires publiques, *epistolæ ad res publicas spectantes* (form. 595-702) ;

Des lettres relatives aux employés royaux, *tractoriæ*, ou qui ont pour but, soit la remise de divers objets, soit l'accomplissement de certaines commissions, 703-708 ;

Des lettres concernant des affaires privées, 909-720 ;

Des lettres de recommandation, 721-730 ;

Des lettres de prières ou des suppliques, *epistolæ deprecatoriæ*, 731-751 ;

Des lettres diverses, *epistolæ variæ*, 752-842 ;

Des fragments ou têtes de lettres, 843-881 ;

Des modèles de lettres, *epistolarum themata*, 882-885.

Par ces indications, que leur brièveté a dû rendre nécessairement arides, on peut voir quelle est l'importance du recueil publié par M. de Rozière. C'est un vaste monument érigé à la science, et dont la science doit lui être reconnaissante. Tous ceux qui aiment à s'occuper de notre vieux droit ne peuvent que le remercier et le féliciter d'avoir ainsi réuni dans deux vo-

lumes d'une lecture facile, des matériaux considérables jusqu'ici inédits ou relégués dans de poudreux in-folios. Imprimée avec luxe, cette œuvre capitale a aussi trouvé dans la typographie de M. Henri Plon un digne auxiliaire. Sous tous les points de vue, ce beau livre mérite donc de prendre place dans la bibliothèque de tous les hommes sérieux qui se plaisent dans l'étude de nos anciennes institutions nationales.

E. TAILLIAR,
Conseiller à la Cour impériale de Douai.

De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français, par M. MASSOL, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse. 2e édition, considérablement augmentée. Paris, Durand, libraire, rue des Grès-Sorbonne, 7. In-8°. Prix : 5 francs.

La matière si importante de l'obligation naturelle, tant en droit romain qu'en droit français, a donné lieu de nos jours, et tout récemment encore, à des travaux considérables de la part des jurisconsultes les plus éminents. Quelques-uns se sont préoccupés surtout de la législation romaine ; mais ils n'en ont pas moins rendu service à l'interprétation des lois qui nous régissent. En effet, c'est dans cette question qu'apparaît plus que jamais, et d'une manière éclatante, la haute utilité de l'étude du droit romain pour l'intelligence de nos Codes. Outre que cette étude est en définitive le meilleur moyen de former l'esprit juridique, elle présente encore l'avantage spécial de mettre au jour les bases d'une doctrine dont le Code Napoléon a consacré les résultats compatibles avec notre civilisation, mais sans développer les principes ni les déductions de cette théorie. Le législateur de 1804 s'est borné à indiquer, dans un très-petit nombre d'articles, l'existence et les effets essentiels de l'obligation naturelle et du devoir de conscience. Cependant, la pratique nous révèle à chaque instant, par les nombreuses difficultés qu'elle fait surgir, l'absolue nécessité pour les jurisconsultes de creuser à fond cette matière abstraite, et d'en coordonner les principes en un système de nature à suppléer à l'insuffisance des textes. La grande ressource de l'interprétation du Code, le recours aux ouvrages de Pothier, ce guide habituel des rédacteurs dans la matière des obligations, ne suffit plus ici ; car ce grand juriste n'a pas traité ce point d'une manière spéciale.

Il distingue très-bien, il est vrai, dès le principe, les *devoirs imparfaits*, ou de conscience, des obligations civiles ; mais ailleurs, au point de vue de la *condictio indebiti*, il semble confondre l'obligation naturelle, *véritable obligation civile imparfaite*, avec le devoir de conscience, bien qu'il attache à la première des conséquences très-importantes juridiquement et empruntées au droit romain. Pothier paraît en général s'en être référé à cet égard aux textes des grands jurisconsultes, dont l'interprétation était controversée de son temps. Nous sommes donc obligé de remonter comme lui à la source, et de rechercher dans l'étude des lois romaines les principes d'une saine théorie de l'obligation naturelle.

Postérieurement à la publication de la première édition du savant livre de M. Massol, ce sujet avait été traité par un professeur distingué de la Faculté de Paris, M. Machelard. Malheureusement cet auteur, d'accord avec l'illustre et regrettable Savigny, semble arriver en définitive à cette conclusion décourageante, qu'on ne peut ramener à une théorie unique les différents cas d'obligation naturelle discutés par les jurisconsultes romains, et que les effets des diverses espèces de dettes de ce genre sont singulièrement variables. Bien plus, M. Holtius, dans une dissertation publiée par la *Revue de législation* [1], en distinguant l'*obligatio naturalis* du *natura debitum*, soutient que la première ne produit que des effets peu importants ou controversables, soit en droit romain, soit en droit français [2]. Enfin, M. Schwanert, professeur à Rostock, a présenté, dans un traité spécial intitulé : *Die Naturalobligationen des rœmischen Rechts* [3], une théorie nouvelle dont M. Massol donne le résumé et la réfutation, et qui distingue trois espèces de dettes non civiles : la *naturalis obligatio*, le *natura debitum* et le simple *officium*, ou devoir de conscience.

Le succès de la première édition de son livre a dû encourager M. Massol à revoir à fond son œuvre, en discutant avec soin les

[1] Année 1852, t. III, p. 5 et suiv.

[2] Il a été combattu sur ce point avec succès par M. Cauvet, *Revue de législation*, 1852, t. I, p. 193.

[3] Suivant cet auteur, l'obligation naturelle a toujours une *causa civilis*, paradoxe très-bien réfuté par M. Massol dans son introduction, p. 40 et suiv.

nouveaux travaux qui avaient paru sur la matière. Le savant professeur de la Faculté de Toulouse avait eu le mérite d'entreprendre le premier sur ce sujet une synthèse éminemment difficile à construire avec les matériaux épars qu'offrent les fragments des lois romaines ; il avait pensé qu'on ne pouvait scinder les effets de la dette naturelle, et que, d'un autre côté, elle ne devait pas être confondue avec le devoir de conscience. Une méditation constante des textes et l'analyse des interprètes modernes l'ont conduit à maintenir les principes fondamentaux qu'il avait posés dans la première édition de son ouvrage. Néanmoins, la seconde édition présente tout l'intérêt d'un travail entièrement neuf : non-seulement l'auteur a modifié son œuvre dans plusieurs points assez importants, mais il y a joint des notes nombreuses et étendues ; enfin, il l'a fait précéder d'une introduction considérable où il résume et discute avec une énergie de conviction qui n'exclut pas une parfaite courtoisie, les opinions émises par les divers auteurs. Cette introduction, qui contient d'ailleurs la réfutation des objections opposées à la doctrine de M. Massol, à elle seule mériterait déjà d'attirer l'attention des jurisconsultes; mais le reste de l'ouvrage n'offre pas moins d'intérêt.

Donnons d'abord une idée des divisions de ce livre : il est divisé en deux parties, dont la première a trait au droit romain et la seconde au droit français. Le tout est précédé, outre l'introduction, de notions préliminaires sur les dispositions générales de la matière. Dans la première partie, l'auteur, après avoir distingué nettement et défini l'obligation naturelle et l'obligation morale, consacre son premier chapitre à rechercher l'origine et le caractère de l'obligation naturelle ; le chapitre II traite en détail des effets de cette obligation ; le chapitre III de ses causes d'extinction ; enfin, le chapitre IV est employé à la discussion détaillée des espèces dans lesquelles cette dette se montre. La deuxième partie, qui s'occupe du droit français, présente une division identique en quatre chapitres ; ce qui facilite singulièrement les rapprochements des questions entre les deux législations, et permet d'apprécier la haute importance, pour l'interprétation du Code Napoléon, d'une saine théorie de l'obligation naturelle en droit romain. Dans cette seconde partie, l'auteur examine un grand nombre de questions d'un grave

intérêt pratique, telles que celles relatives aux marchés de bourse et aux contre-lettres en matière de cession des offices. Cette division du livre paraît claire et facile à suivre. Au premier coup d'œil on pourrait proposer contre la division de l'auteur une objection en disant que, dans une matière si épineuse, le chapitre IV, où sont discutés les divers cas d'obligation naturelle, aurait dû précéder les chapitres où elle est définie et où l'on expose ses effets.

Mais l'auteur peut répliquer avec avantage qu'il écrit un traité où la théorie, résultat de ses investigations approfondies, est développée d'une manière synthétique, sans préjudice de l'exposé simultané des preuves que lui fournissent, chemin faisant, les textes, et de la discussion détaillée des points controversés renvoyée plus spécialement au chapitre IV. Ce procédé *à priori* a le mérite de bien faire saisir le caractère harmonique des déductions de l'auteur, et si ce classement permet de relier logiquement ensemble les décisions des textes isolés, sans faire violence à aucun d'eux, il présente par lui-même un préjugé légitime en faveur du système proposé. D'ailleurs, on a suffisamment usé chez nous, dans l'enseignement, de la doctrine du classement qui s'attache servilement aux textes, c'est-à-dire de l'absence d'une véritable classification ; la science, à notre avis du moins, ne peut grandir qu'à la condition de se systématiser, sauf, bien entendu, que nous exigeons en même temps l'étude complète des textes ; or, nul n'a mieux prouvé que M. Massol dans son livre ses profondes connaissances à cet égard.

Quoi qu'il en soit, nous adhérons pleinement à la distinction fondamentale proposée et développée par le savant professeur de la Faculté de Toulouse, entre l'obligation naturelle et le devoir de conscience. La première dérive du droit des gens, et constitue une *dette civile imparfaite, faisant partie des biens du créancier, mais sans produire action*[1]. M. Massol, au moyen d'une explication ingénieuse de la loi 6 *De compensat.*, au Digeste, montre, p. 65 et suivantes, qu'elle ne peut donner lieu qu'à la compensation *ex eadem causa,* ou, en définitive, à un

[1] Ce dernier caractère ne peut suffire pour distinguer la dette naturelle, comme on le croit généralement ; en effet, comme le dit très-bien M. Massol, toutes les conventions illicites se trouvent également impuissantes à produire action.

véritable droit de rétention. Mais elle engendre plusieurs effets civils, tels que l'exclusion de la répétition [1], le droit de rétention, la possibilité d'une fidéjussion, d'un gage, etc., effets dont quelques-uns sont indépendants de la volonté du débiteur. Au contraire, l'*obligation morale* a son fondement dans la conscience ; elle ne constitue pas une véritable dette, et par conséquent une créance comptant dans le patrimoine. Puisqu'elle ne forme point un lien, elle n'admet ni gage, ni cautionnement ; mais elle exclut la répétition de ce qui a été payé, même pour erreur de droit, et peut servir de motif à une nouvelle dette ; enfin, l'exécution de ce devoir est assimilée à une libéralité. Quant à la prescription, M. Massol décide qu'elle peut éteindre l'obligation naturelle, mais non pas le devoir de conscience.

La séparation de l'obligation naturelle et du devoir de conscience est déniée par un certain nombre d'esprits distingués. Quant à nous, après mûr examen, nous sommes pleinement convaincu, avec M. Massol, de l'exactitude de cette théorie. Sans doute il peut arriver, et assez fréquemment même, qu'en prenant les mots dans un sens large, les textes appliquent à l'un et à l'autre cas les dénominations de *vinculum æquitatis* ou d'*obligatio naturalis*, ou d'obligation formée *naturaliter* [2] ; mais qu'importe, alors que les textes se servent aussi du mot *officium* pour caractériser le devoir de conscience par opposition à la dette naturelle véritable, et alors que d'ailleurs les conséquences juridiques assignées par les jurisconsultes aux divers cas sont tellement opposées, que ces cas doivent être ramenés en réalité à deux catégories bien différentes? A notre avis, il y a là une de ces distinctions *à priori*, nées des faits eux-mêmes, et qui s'imposent à toute législation qui admet une obligation naturelle [3]. Le devoir de conscience est tel de sa nature, qu'il ne

[1] L'exclusion de la *condictio indebiti* n'est pas à elle seule caractéristique de la dette naturelle, puisque la répétition n'est pas concédée non plus dans le cas où il y a *turpis causa* du réclamant.

[2] Fragm. 25, § 11, *De hered. petit.* Dig. — Cicéron dit lui-même : « Omnia officia a principiis naturæ proficiscuntur. » *De finibus*, III, 7.

[3] On comprendrait *à la rigueur* une loi positive qui n'admettrait que le devoir de conscience et l'obligation civile parfaite ; mais il est impossible de comprendre une législation qui transformerait tous les devoirs moraux en dettes civiles, parfaites ou non, c'est-à-dire plus ou moins assurées par la voie coercitive.

peut se confondre avec une dette civile parfaite ou imparfaite. On ne comprend pas qu'un devoir imparfait, comme *celui de faire l'aumône de son superflu ou de se montrer reconnaissant d'un bienfait*, puisse, sans anéantir toute liberté, produire des effets forcés. Jamais la charité ne s'identifiera avec les obligations revêtues d'effets coercitifs plus ou moins énergiques, sans perdre son caractère sublime de spontanéité et de vertu morale ; il ne peut y avoir vertu véritable que là où il y a liberté pleine et entière ; quant à la justice, qui consiste à rendre à chacun son droit, c'est, avant tout, une vertu sociale et de droit des gens, c'est l'exécution d'une obligation parfaite.

Pour prouver que les Romains avaient nettement distingué la dette naturelle du devoir de conscience, M. Massol a fait valoir, dans l'introduction de son livre, des arguments nombreux et fort dignes d'attention. Essayons d'ajouter, à l'appui de cette thèse, quelques considérations historiques. On sait que, vers la fin du sixième siècle de Rome, l'influence de l'esprit grec avait pénétré en Italie de manière à envahir bientôt le domaine des lettres, et même celui de la jurisprudence. Chaque jour la science juridique se transformait avec le droit lui-même, qui revêtait un caractère plus humain et plus philosophique. Nul n'a mieux retracé que le regrettable M. Laferrière, dans quelques belles pages de son *Histoire du droit*[1], la rapidité de ces progrès et la grandeur des résultats acquis dès le temps de Cicéron à la philosophie du droit. L'éloquent historien recueille, au milieu des œuvres de l'orateur romain, et fait revivre, dans un tableau animé du feu de sa foi spiritualiste, les éléments d'une théorie élevée qui fait une large part au droit naturel et au droit des gens, à côté de l'ancien droit romain. En outre, au-dessus de la sphère du droit, Cicéron nous fait entrevoir dans son *Traité des devoirs*[2], le germe d'une morale supérieure, un principe d'*humanité*, dont Sénèque signalera plus tard le caractère. C'était en quelque sorte le présage du précepte de charité que le christianisme devait enseigner au monde. Ainsi, la conscience humaine, écho de la voix divine, reflétait déjà cette lumière que fit éclater l'Evangile sur un devoir plus étendu que le devoir

[1] T. I, p. 177, et chap. VII, p. 422 et suiv.

[2] Voyez aussi, *De legibus*, I, 23, l'expression *societatem caritatis*.

consacré par le droit civil ou le droit des gens, mais cependant imparfait en ce qu'il ne crée aucun droit pour le frère malheureux qui recueille comme un bienfait le don que son bienfaiteur lui remet comme une dette sacrée. On trouvera dans les maîtres de la philosophie du droit, à Rome, cette notion d'un devoir présenté comme né de la nature et conforme à l'équité, prise dans le sens large d'une *égalité fraternelle* [1], mais d'un devoir dépouillé de tout caractère coercitif; ici le *vinculum æquitatis* n'est plus en réalité que l'*officium* ou l'*honestum*, quand on lui donne son nom exact et technique.

Oserait-on nier que, pour Cicéron et Sénèque, l'accomplissement du devoir de pure charité ne fût, au regard de l'*accipiens*, une véritable libéralité, et traité comme tel au point de vue juridique? Or, s'il en est ainsi, comment les jurisconsultes de la grande école classique, nourris, pour la plupart, des principes de la philosophie stoïque ou platonicienne, auraient-ils fait table rase de cette distinction fondée sur la nature des choses et consacrée par leurs premiers maîtres? Comment auraient-ils admis des effets forcés d'une obligation morale, tels que la compensation, le gage, la fidéjussion? Loin de là, certains textes disent clairement que le devoir imposé *naturaliter* au donataire ne compte pas dans les biens du donateur (*Frag.* 25, § 11, Dig. *De hered. petit*).

Ce qui peut expliquer l'opinion contraire des interprètes modernes, c'est qu'au point de vue de la *condictio indebiti*, le mot *indebitum* a été employé par les textes dans un sens spécial, embrassant tous les cas où une prestation n'a pas de motif licite aux yeux de la loi. Or, le devoir de conscience lui-même établit une cause licite, sans former pour cela un véritable lien de droit; il ne constitue un *vinculum æquitatis* que *sensu lato*. La loi romaine le reconnaît en qualifiant de libéralité l'exécution d'un *officium pietatis*, la constitution de dot par un frère à sa sœur [2]. Concluons donc avec M. Massol que là où il n'existe pas de véritable lien juridique, il ne saurait y avoir de gage ni de cautionnement possible [3]. Comprendrait-on le cautionnement de

[1] Sur l'idée de fraternité voyez Cicéron, *De legibus*, I, 10, et *De officiis*, III, 17.

[2] *Frag.* 13, § 3, Dig. *De adm. et peric. tut.*

[3] M. Massol réfute parfaitement dans son introduction les argu ments du

la gratitude d'un donataire? Sans doute, s'il intervient un pacte entre deux personnes en vue d'assurer l'accomplissement d'un *officium*, alors il peut en être autrement; mais c'est que le pacte a fait naître une obligation naturelle, puisque le respect des conventions est conforme au droit des gens.

Le défaut d'espace ne nous permet pas malheureusement de parcourir ici toutes les questions graves et délicates que M. Massol a traitées d'une manière approfondie, et cependant avec beaucoup de simplicité et de concision dans la forme. Nous renvoyons les jurisconsultes à la lecture de son remarquable ouvrage. Contentons-nous de signaler à leur attention, entre autres points importants, la discussion de l'auteur en faveur de la possibilité de prescrire une dette naturelle; en outre, une dissertation sur l'erreur de droit (p. 196), où l'auteur réfute avec force, dans une note développée, les objections présentées par M. de Savigny contre la théorie aujourd'hui admise généralement en cette matière.

Il faut féliciter M. Massol du soin consciencieux et du talent avec lequel il a recueilli et analysé tous les textes relatifs à son sujet, mais surtout de l'énergique ardeur qu'il a apportée dans la mise en œuvre de ces matériaux pour la construction de la synthèse qu'il a eu le mérite d'élaborer le premier. Le savant professeur n'a pas seulement fait preuve d'une profonde érudition, mais encore d'une foi scientifique et d'un amour de la science beaucoup trop rares de nos jours, et par là même d'autant plus appréciées des véritables jurisconsultes.

GUSTAVE HUMBERT,
Professeur agrégé, chargé d'un cours de droit romain à la Faculté de Grenoble.

Rapport adressé à S. Exc. M. le ministre d'Etat concernant les Archives de l'empire et la Bibliothèque impériale, suivi de pièces justificatives inédites, par M. FÉLIX RAVAISSON, membre de l'Institut; 1 vol. in-8°. Paris, Durand, libraire. 1862. Prix : 4 francs.

En 1861, une Commission nommée par M. le ministre d'Etat a été chargée d'examiner la question de savoir : d'une part, si

système opposé. Suivant nous, le texte même de la loi 7 *De fidej. in fine* suppose un cas de vraie dette naturelle.

les chartes et diplômes que possède la Bibliothèque impériale, ainsi que le cabinet des titres et généalogies, ne devraient pas être transférés aux Archives de l'empire, et d'autre part, quels seraient les manuscrits, livres et documents possédés par les Archives, qui devraient être réunis aux collections de la Bibliothèque impériale.

Cette Commission, après une étude approfondie de la question, a pensé qu'en effet il y avait lieu de transférer aux Archives impériales les pièces d'archives possédées par la Bibliothèque, et de remettre à la Bibliothèque les livres, cartes et plans qui se trouvent actuellement aux Archives. Elle a en même temps émis le vœu d'une publicité plus grande donnée à la partie historique des Archives, et facilitée par le prompt achèvement de catalogues détaillés.

Le rapport rédigé par M. Ravaisson est un véritable livre. Il explique comment se sont formés, dès l'origine de la monarchie, les premiers dépôts d'archives, dans quel lieu et par qui ils étaient gardés, comment la complication progressive de l'administration et la création de nouveaux fonctionnaires amena la multiplication et par suite la dispersion des pièces d'archives, souvent entre des mains privées, comment enfin les rois s'efforcèrent, à diverses reprises, de recomposer ces précieuses collections. On voit ainsi comment se sont formés ces fonds de Pithou, de de Thou, de Dupuy, de Brienne, de Béthune et tant d'autres qui ont sauvé de la destruction les monuments les plus curieux de notre histoire et de notre droit public. C'est toute une page d'histoire administrative, et en même temps un modèle d'érudition sobre et sûre, qu'on lit avec autant de profit que de plaisir.

Un appendice contient plusieurs pièces intéressantes, et notamment un mémoire inachevé de Camus sur la formation du dépôt des Archives en 1789, et sur son état au 1er nivôse de l'an VI. R. D.

FIN DE LA HUITIÈME ANNÉE.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

De la paternité du mari en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence française, par M. Louis Amiable, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. 5

Etudes sur le droit de l'Anjou au moyen âge, par M. G. d'Espinay, juge au tribunal civil de Saumur, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse. 34

Recherches historiques sur la théorie du rapport (suite et fin), par M. G. de Caqueray, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. 54

Code général de commerce allemand (troisième article), par M. Rauter, avocat, docteur en droit. 104

Bibliographie.— Eugène de Rozière. Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du cinquième au dixième siècle, par M. E. Tailliar, conseiller à la Cour impériale de Douai. . . 126

A.-H. Taillandier. Nouvelles recherches historiques sur la vie et les ouvrages du chancelier de l'Hospital, par M. R. D. 131

Gaudry. I. Traité du domaine, comprenant le domaine public, le domaine de l'Etat, le domaine de la Couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental. — II. Anatole des Glajeux. De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics, dans le droit ancien et moderne. — III. Arthur Desjardins. Le même, par M. R. D. 132

J.-L. Kluber. Droit des gens moderne de l'Europe, avec un supplément contenant une bibliothèque choisie du droit des gens, par M. Ch. Vergé. 134

Th. Ducrocq. Cours de droit administratif, par M. Ernest Tambour, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. 136

Emile Couteau. I. Des rapports à succession; de la *collatio* en droit romain. — II. Adolphe Potel. De l'hypothèque légale de la femme mariée, questions sur les articles 2121 et 2135 du Code Napoléon. — III. Exupère Caillemer. Des intérêts, par M. Paul Charpentier. 139

Charles Jourdain. Histoire de l'université de Paris aux dix-septième et dix-huitième siècles, avec une table chronologique des chartes la concernant depuis ses origines, par M. C. Dareste, professeur d'histoire à la Faculté des lettres de Lyon. 141

Pages.

Etude historique sur les origines du jury, par M. Ambroise Buchère, docteur en droit, substitut à Charleville.. 145

Les stils de Villefranche-de-Conflent, par M. J.-B. Alart, archiviste du département des Pyrénées-Orientales.. 203

Bibliographie. — Machelard. Des obligations naturelles en droit romain, par M. C. Lacomme, professeur à la Faculté de droit de Dijon.. 259

A. Batbie. Traité théorique et pratique du droit public et administratif, par M. Paul Gide, agrégé à la Faculté de droit de Paris. . 278

Ch. de Ribbe. L'ancien barreau du Parlement de Provence, ou Extraits d'une correspondance inédite entre Décormis et Saurin, par M. Féraud-Giraud, conseiller à la Cour impériale d'Aix. 282

Gabriel Benoit-Champy. De la complicité, par M. Arthur Desjardins, docteur ès lettres, docteur en droit, substitut à Toulon. . . 284

Du régime militaire sous l'empire romain du quatrième au sixième siècle, par M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats. 289

Etude sur la règle catonienne en droit romain, par M. E. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris.. 313

Code pénal de Norwége, par M. Tenaille-Saligny, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.. 342

Bibliographie. — C. Demolombe. Traité des successions, par M. G. Humbert, agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.. 363

Th. Mommsen. *Juris antejustinianei Fragmenta quæ dicuntur Vaticana, post Aug. Maium et Aug. Bethmann-Hollweg*, par M. Baudry. 367

Georges Dubois. Essai sur les municipes dans le droit romain, par M. Paul Charpentier. 368

Victor Molinier. Examen du dernier projet de loi sur le duel et du rapport de M. Valette, par M. A. V.. 370

Bibliothèque de l'administration française, par M. X. 373

Jules Chevillard. De la division administrative de la France et de la centralisation, par M. Eugène Lauth, docteur en droit. 373

J. Caillet. L'administration en France sous le cardinal de Richelieu, par M. R. D.. 375

H.-F. Rivière. Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile et dans l'ordre du Code Napoléon, par M. J. Tissot, professeur. 376

Speridion G. Zezas. Etudes historiques sur la législation russe ancienne et moderne, par M. E. Bonnier. 378

Jules Périn. Du domaine public dans ses différences avec le domaine privé, sous le rapport de la prescription et de la compétence, avec une introduction historique, par M. E. Caillemer, agrégé près la Faculté de droit de Grenoble. 380

Pages.

DEMOLOMBE. Traité des donations entre-vifs et des testaments. . . . 384

Les familles politiques d'Athènes et les gentes de Rome, par M. Ch. REVILLOUT, docteur ès lettres, agrégé d'histoire. 385

Esquisse du droit féodal, par feu Pierre Odier, professeur de droit à Genève (suite et fin). 400

De l'effet de la signification ou acceptation du transport quand il existe des saisies ou oppositions sur la créance cédée, par M. VILLEQUEZ, professeur à la Faculté de droit de Dijon. 454

BIBLIOGRAPHIE. 498

GIOVANNI DEGIOANNIS. *La questione del Trent*, par M. E. TAMBOUR, avocat, docteur en droit. 512

Etude sur la règle catonienne en droit romain (suite et fin), par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris. . . 513

Etudes sur le droit de l'Anjou au moyen âge (deuxième article), par M. G. D'ESPINAY, juge au tribunal civil de Saumur, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse. 541

De la paternité du mari en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence française (deuxième partie), par M. Louis AMIABLE, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. 559

Du droit international public et privé en Egypte, par M. DOMENICO GATTESCHI, docteur en droit, avocat à la Cour de cassation du royaume d'Italie. 573

BIBLIOGRAPHIE. — Gabriel DEMANTE. Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, par M. C. GINOULHIAC. 596

Albert DESJARDINS. Essai sur les plaidoyers de Démosthène, par M. Ernest TAMBOUR, avocat, docteur en droit. 600

DE KELLER. *Pandekten Vorlesungen*, von Dr F.-L. von Keller. Cours de Pandectes, par M. Ernest DUBOIS, avocat, docteur en droit. . . 603

TESSIER DE RAUSCHENBERG. I. De l'indépendance civile chez les Français. — II. Th. HOMBERG. De la répression du vagabondage, par M. Eugène LAUTH, avocat à la Cour impériale, docteur en droit. 610

J.-S.-G. NYPELS. Code pénal prussien du 14 avril 1851, avec la loi sur la mise en vigueur de ce Code, et les lois rendues jusqu'à ce jour pour le compléter et le modifier ; le tout précédé d'une introduction, et traduit pour la première fois en français (compte rendu par M. Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris). . 613

SERRIGNY. Droit public et administratif romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain, du quatrième au sixième siècle (de Constantin à Justinien),

Pages.

ouvrage suivi d'un Mémoire sur le régime municipal en France dans les villages, depuis les Romains jusqu'à nos jours, par M. R. D. 622

De la féodalité en Espagne (premier article), par M. Edouard SECRETAN, professeur de droit à Lausanne. 625

Notice de quatre manuscrits du grand Coutumier de France, par M. R. DARESTE. 671

De la rétention de la réserve par l'héritier renonçant (premier article), par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris. 682

BIBLIOGRAPHIE. — BECKER et MARQUARDT. *Handbuch der Rœmischen Alterthümer* (Manuel des antiquités romaines), par M. Georges DUBOIS, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Dreux. . 710

ROZIÈRE (Eugène de). Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du cinquième au dixième siècle, par M. E. TAILLIAR, conseiller à la Cour impériale de Douai. 740

MASSOL. De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français, par M. Gustave HUMBERT, professeur agrégé, chargé d'un cours de droit romain à la Faculté de Grenoble. 760

RAVAISSON (Félix). Rapport adressé à S. Exc. M. le ministre d'Etat concernant les Archives de l'empire et la Bibliothèque impériale, par M. R. D.. 767

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7.